L'international : Qualifier • Rattacher • Authentifier

Marc Cagniart, Pierre Tarrade, Caroline Ginglinger-Poyard, Marianne Sevindik, Jean-Christophe Rega, Olivier Lecomte, Valérie Marmey-Ravau, Frédéric Varin, Antoine Desnuelle, Cécile Sainte-Cluque-Godest, et al.

▶ **To cite this version:**

Marc Cagniart, Pierre Tarrade, Caroline Ginglinger-Poyard, Marianne Sevindik, Jean-Christophe Rega, et al.. L'international : Qualifier • Rattacher • Authentifier. [Rapport de recherche] 115, Association Congrès Notaires de France. 2019, 1346 p. hal-03064701

HAL Id: hal-03064701
https://univ-lyon3.hal.science/hal-03064701

Submitted on 14 Dec 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

115e CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE

BRUXELLES • 2 AU 5 JUIN 2019

L'INTERNATIONAL

QUALIFIER • RATTACHER • AUTHENTIFIER

115e CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE

BRUXELLES 2-5 JUIN 2019

L'INTERNATIONAL
QUALIFIER • RATTACHER • AUTHENTIFIER

Remerciements

L'équipe du 115e Congrès des notaires de France adresse de chaleureux remerciements au Crédit Agricole, à LSN Assurances et à l'Union notariale financière (Unofi), pour leur soutien à la réalisation matérielle de cet ouvrage.

Ainsi qu'aux Éditions LexisNexis® qui ont permis d'accéder gracieusement à leur base de données juridiques en ligne Lexis360 Notaires lors des recherches et de la rédaction du présent rapport.

L'Association Congrès Notaires de France remercie également la Banque des Territoires pour son soutien dans le cadre de l'organisation des travaux du 115e congrès.

Aux termes du Code de la propriété intellectuelle, toute reproduction ou représentation, intégrale ou partielle, de la présente publication, faite par quelque procédé que ce soit (reprographie, micro-filmage, scannérisation, numérisation, ...) sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants-droit ou ayants-cause est illicite et constitue une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

SOMMAIRE GÉNÉRAL

Pages

LISTE DES RUBRIQUES LVII

LISTE DES SIGLES, ACRONYMES ET ABRÉVIATIONS LXVII

AVANT-PROPOS LXXIII
Marc CAGNIART, président

INTRODUCTION LXXV
Pierre TARRADE, rapporteur général

S'ORIENTER : Le notaire dans un contexte international 1
Caroline GINGLINGER-POYARD, présidente
Marianne SEVINDIK, rapporteur

RÉDIGER : L'acte notarié français dans un contexte international 277
Jean-Christophe REGA, président
Olivier LECOMTE, rapporteur

VIVRE : La famille dans un contexte international 705
Valérie MARMEY-RAVAU, présidente
Frédéric VARIN, rapporteur

CONTRACTER : Acquérir et financer dans un contexte international 1019
Antoine DESNUELLE, président
Cécile SAINTE-CLUQUE-GODEST, rapporteur

INDEX 1205

LE DIRECTOIRE DU 115e CONGRÈS DES NOTAIRES

Marc CAGNIART
Président
notaire à Paris

Pierre TARRADE
Rapporteur général
notaire à Paris

Patrick METZ
Vice-président et trésorier
notaire à Roeschwoog

Fabrice LAEVENS
Commissaire général
notaire à Tourcoing

Jean GASTÉ
Communication nationale
notaire à Nantes

Delphine DETRIEUX
Communication digitale
et régionale notaire à La Réole

Elisabeth DUPART-LAMBLIN
Secrétaire générale
Paris

L'ÉQUIPE INTELLECTUELLE DU 115e CONGRÈS DES NOTAIRES

S'ORIENTER

Caroline GINGLINGER-POYARD
Présidente | Notaire • Saint-Quentin-Fallavier

Marianne SEVINDIK
Rapporteur | Notaire • Rouen

RÉDIGER

Jean-Christophe REGA
Président | Notaire • Saint-Martin-Laguépie

Olivier LECOMTE
Rapporteur | Notaire • Paris

VIVRE

Valérie MARMEY-RAVAU
Présidente | Notaire • Lyon

Frédéric VARIN
Rapporteur | Notaire • Distré

CONTRACTER

Antoine DESNUELLE
Président | Notaire • Cannes

Cécile SAINTE-CLUQUE-GODEST
Rapporteur | Notaire • Carcassonne

Cyril NOURISSAT
Rapporteur de synthèse
professeur à l'Université de Lyon III

TABLE DES MATIÈRES

S'ORIENTER :
Le notaire dans un contexte international

PREMIÈRE PARTIE

LES GRANDS PRINCIPES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

TITRE I

LE CADRE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Sous-titre I

QUAND LE DROIT PRIVÉ DEVIENT INTERNATIONAL

CHAPITRE I

LES PRÉMICES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Section I - **L'Antiquité, la négation du fait international** 6
Section II - **La diversité des solutions** 6
Section III - **L'émergence de la science de conflit de lois** 7

CHAPITRE II

LES DOCTRINES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ET LES PRINCIPAUX AUTEURS

Section I - **Les doctrines statutaires** 7
Section II - **Les doctrines territorialistes** 8
Section III - **Les doctrines particularistes** 9
Section IV - **Les doctrines universalistes** 9

CHAPITRE III

L'INDISPENSABLE ÉLÉMENT D'EXTRANÉITÉ

Sous-titre II

LA QUALIFICATION ET LE RATTACHEMENT

CHAPITRE I

LA QUALIFICATION

Section I - **Les typologies des qualifications** 14
Sous-section I - ***La qualification*** *lege fori* ***en déclin*** 15
§ I Le principe de la qualification *lege fori* 15
§ II Les tempéraments de la qualification *lege fori* 17
Sous-section II - ***La qualification autonome*** 19
§ I La méthode d'interprétation de la Cour de Luxembourg 20
§ II Les difficultés d'application des notions autonomes 21

Section II - **Les modalités de qualification** 22
Sous-section I - ***L'analyse du rapport de droit*** 23
Sous-section II - ***La classification*** 23

CHAPITRE II
LA CONCRÉTISATION DE LA RÈGLE DE CONFLIT : LE RATTACHEMENT

Section I - **Les éléments de rattachement** 25
Sous-section I - ***Le rattachement objectif*** 25
§ I La définition du facteur de rattachement 28
§ II Le cas de pluralité de facteurs de rattachement 29
§ III Le cas d'absence de facteur de rattachement 30
Sous-section II - ***Le rattachement subjectif*** 30
§ I La raison d'être du rattachement subjectif 31
§ II L'étendue du rattachement subjectif 31
Section II - **La modification du rattachement** 32
Sous-section I - ***La modification « normale » du critère*** 32
§ I Distinctions avec d'autres situations qui s'en approchent 32
§ II Exemples de conflits mobiles 33
Sous-section II - ***La modification « frauduleuse » du critère*** 34
§ I Les composantes de la fraude 35
§ II La réponse à la fraude : l'inefficacité de l'acte 36

TITRE II
LES CONFLITS DE LOIS ET DE JURIDICTIONS

Sous-titre I

LES CONFLITS DE LOIS

CHAPITRE I
LES MÉTHODES CONFLICTUELLES

Section I - **Les règles de conflit** 37
§ I La méthode bilatérale 37
§ II La méthode unilatérale 38
§ III L'évolution des règles de conflit de lois 39
Section II - **L'aménagement de la méthode conflictuelle** 42
§ I Les méthodes correctives à l'application de la règle de conflit de lois 43
§ II Les méthodes concurrentes 47

CHAPITRE II
PRÉSENTATION DES PRINCIPALES RÈGLES DE CONFLIT DE LOIS

Section I - **Les personnes physiques et morales** 50
Sous-section I - ***Les personnes physiques*** 50
§ I Les actes d'état civil 51
§ II Le nom 52
§ III La capacité et la protection des incapables 52
Sous-section II - ***Les personnes morales*** 56

Section II - **La famille** 56
Sous-section I - ***Les partenariats enregistrés*** 57
§ I La constitution du partenariat 57
§ II Les effets patrimoniaux des partenariats européens 57
Sous-section II - ***Le mariage*** 58
§ I Les conditions de fond du mariage 58
§ II Les conditions de forme du mariage 59
§ III Les effets du mariage 59
Sous-section III - ***La filiation*** 60
§ I La filiation biologique 60
§ II La filiation adoptive 61
Sous-section IV - ***La dissolution du mariage*** 62
§ I Le règlement nº 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010, dit « Rome III » 62
§ II Les conventions internationales bilatérales 63
§ III Le droit français 63
Sous-section V - ***Les aliments*** 64
§ I La détermination de la loi applicable par le règlement « Aliments » et le Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 64
§ II Un système de coopération mis en place par le droit conventionnel 65
Section III - **Le patrimoine familial** 66
Sous-section I - ***Les régimes matrimoniaux*** 66
§ I Le règlement européen nº 2016/1103 du 24 juin 2016 66
§ II La Convention de La Haye du 14 mars 1978 68
§ III Le droit applicable aux époux mariés avant le 1er septembre 1992 69
Sous-section II - ***Les successions*** 70
§ I Le règlement « Successions » 70
§ II Le principe scissionniste français 71
Section IV - **Les obligations** 71
Sous-section I - ***Les obligations contractuelles*** 71
§ I Le règlement Rome I 72
§ II La Convention de Rome du 19 juin 1980 72
§ III Les règles jurisprudentielles antérieures à la convention de Rome 73
Sous-section II - ***Les obligations non contractuelles*** 73
§ I Le règlement nº 864/2007 du 11 juillet 2007, dit « Rome II » 74
§ II Les conventions de La Haye 74
§ III Le droit interne 74
Section V - **Les biens** 75
Sous-section I - ***Les biens corporels*** 75
§ I Les immeubles 75
§ II Les meubles 76
Sous-section II - ***Les biens incorporels*** 76
§ I La propriété intellectuelle 76
§ II Les créances 76
§ III Les valeurs mobilières 77

Sous-titre II

LES CONFLITS DE JURIDICTIONS

CHAPITRE I

LA COMPÉTENCE INTERNATIONALE DES TRIBUNAUX FRANÇAIS

Section I - **Les règlements de l'Union européenne** 79
Sous-section I - ***Le règlement Bruxelles I bis*** 80
§ I Les conditions d'applicabilité 80
§ II Les cas de compétence 82
Sous-section II - ***Les autres règlements de l'Union européenne*** 95
§ I Le règlement « Matière matrimoniale et autorité parentale » ou Bruxelles II *bis* 95
§ II Le règlement « Divorce » ou Rome III 97
§ III Le règlement « Successions » 97
§ IV Le règlement « Régimes matrimoniaux » 99
§ V Le règlement « Partenariats enregistrés » 101
Section II - **Les conventions internationales** 102
§ I La convention de Lugano 102
§ II Les traités bilatéraux 103
Section III - **Le droit jurisprudentiel français** 103
§ I Les règles de compétence 105
§ II Les privilèges de juridiction 108
§ III Les clauses conventionnelles 114

CHAPITRE II

LA RECONNAISSANCE DES DÉCISIONS ÉTRANGÈRES EN FRANCE ET LEUR EXÉCUTION

Section I - **Les conventions internationales et les règlements européens** 123
Sous-section I - ***Les règlements européens*** 124
§ I Les règlements qui allègent les conditions de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères 124
§ II Les règlements qui suppriment la phase intermédiaire 133
Sous-section II - ***La convention de Lugano*** 138
Sous-section III - ***Les traités bilatéraux signés par la France*** 138
Section II - **La jurisprudence** 140
Sous-section I - ***Les conditions de la reconnaissance : la régularité*** 140
§ I La compétence indirecte du juge étranger 141
§ II La conformité de la décision à l'ordre public international 143
§ III L'absence de fraude 147
Sous-section II - ***La procédure de contrôle de l'efficacité des jugements étrangers*** 148
§ I La reconnaissance de plein droit, ou l'effet *de plano* des décisions étrangères 148
§ II Les procédures indépendantes d'un *exequatur* 149
§ III La procédure d'*exequatur* 151

CHAPITRE III

LES CONFLITS DE PROCÉDURES ET DE DÉCISIONS

Section I - **Litispendance** 153
§ I La litispendance européenne 153
§ II La litispendance internationale 154
Section II - **La connexité** 154
Sous-section I - ***La connexité européenne*** 154
Sous-section II - ***La connexité internationale*** 155

DEUXIÈME PARTIE
LES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL

TITRE I
LES SOURCES INTERNES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

CHAPITRE I
LA LOI

CHAPITRE II
LA JURISPRUDENCE ET LA DOCTRINE

TITRE II
LES SOURCES INTERNATIONALES

Sous-titre I

UNE SOURCE ÉTABLIE : LES TRAITÉS

CHAPITRE I
LA VARIÉTÉ DES TRAITÉS

Section I - **Les traités portant règles de conflit et ceux portant droit uniforme** 161
Section II - **Les traités dits « universels » et ceux fondés sur la réciprocité** ... 162

CHAPITRE II
LE RÉGIME JURIDIQUE DES TRAITÉS INTERNATIONAUX

Section I - **La hiérarchie des normes** 163
Sous-section I - ***Devant les juges*** 164
§ I La position du juge constitutionnel sur le contrôle de conventionnalité 164
§ II La position du juge judiciaire sur le contrôle de conventionnalité 165
§ III La position du juge administratif 166
Sous-section II - ***Devant le notaire*** 167
Section II - **Les conflits de sources internationales** 168
Section III - **L'interprétation des traités** 169
Section IV - **L'office du juge** 170
§ I L'arrêt *Bisbal* du 12 mai 1959 170
§ II Les arrêts *Rebouh* et *Schule* des 11 et 18 octobre 1988 171
§ III La jurisprudence *Coveco* 172
§ IV L'arrêt *Mutuelles du Mans* 172

Sous-titre II

UNE SOURCE À CONSOLIDER : LA PRATIQUE NOTARIALE

CHAPITRE I
LE RÔLE DU NOTAIRE

Section I - **La pratique notariale en droit interne** 174
Section II - **La pratique notariale : une source en droit international privé ?** 176

CHAPITRE II
DES RÉALISATIONS NOTARIALES

Section I - **Une source directe : le règlement « Successions »** 177
Sous-section I - ***Faciliter la circulation des décisions judiciaires en matière successorale*** 178
Sous-section II - ***Le certificat successoral européen*** 178
Section II - **Une source indirecte : le sceau notarial sécurisé et le titre européen exécutoire** 179
Sous-section I - ***La création du sceau notarial sécurisé (SNS)*** 179
Sous-section II - ***Le titre européen exécutoire*** 180

TITRE III
LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Sous-titre I

LES INSTITUTIONS ET LES ORGANES COMMUNAUTAIRES

CHAPITRE I
HISTORIQUE DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Section I - **De la création des institutions européennes dans un contexte mondial** 182
Section II - **À la production d'un droit européen** 190

CHAPITRE II
LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES ENTRE LES INSTITUTIONS COMMUNAUTAIRES

Section I - **Les institutions au sein de l'Union européenne** 191
Sous-section I - ***Les institutions et organes politiques*** 192
§ I Le Parlement européen 192
§ II Le Conseil et le Conseil européen 193
§ III La Commission européenne (CE) 194
§ IV Le Haut représentant de l'Union européenne (HRUE) et le Service européen pour l'action extérieure (SEAE) 195
Sous-section II - ***L'institution juridictionnelle*** 195
Sous-section III - ***Les autres institutions et organes*** 196
§ I Les institutions à vocation financière et monétaire 196
§ II Les organes à vocation générale 199
§ III Les organes auxiliaires 201
Section II - **La répartition des fonctions** 201
Sous-section I - ***La fonction législative*** 202
§ I Les procédures législatives 202
§ II L'amélioration de la fonction législative 205
Sous-section II - ***L'exécutif*** 207
§ I Le rôle essentiel de la Commission 207
§ II Le rôle des comités techniques ou la comitologie 209

Section III - **Les différentes compétences au sein de l'Union** 210
Sous-section I - ***La distinction des différentes compétences*** 210
§ I Les compétences exclusives 211
§ II Les compétences partagées 211
§ III Les compétences d'appui 212
Sous-section II - ***L'exercice des compétences au sein de l'Union*** 212
§ I Le principe de subsidiarité 212
§ II Le principe de proportionnalité 215
§ III La coopération renforcée 216

Sous-titre II

LA RÈGLE DE DROIT EUROPÉEN

CHAPITRE I
LE DROIT PRIMAIRE

Section I - **Les composantes du droit primaire** 219
Sous-section I - ***Les traités fondateurs*** 219
Sous-section II - ***Les traités d'adhésion*** 220
Sous-section III - ***Les protocoles, annexes et déclarations*** 221
§ I Les protocoles 221
§ II Les annexes 222
§ III Les déclarations 222
Section II - **La portée des traités** 222
Sous-section I - ***Le champ matériel des traités*** 222
Sous-section II - ***Le champ territorial des traités*** 223
Sous-section III - ***Le champ temporel des traités*** 224
§ I Avant le traité de Lisbonne 224
§ II L'apport du traité de Lisbonne 225
Sous-section IV - ***L'effet direct des traités*** 226

CHAPITRE II
LE DROIT DÉRIVÉ

Section I - **Les actes visés à l'article 288 TFUE** 227
§ I Le règlement 227
§ II La directive 229
§ III La décision 231
§ IV Les recommandations et avis 231
Section II - **Les actes non visés à l'article 288 TFUE** 233
§ I Les actes non prévus par le TFUE 233
§ II Les actes prévus par le TFUE 233

CHAPITRE III
LE DROIT SUBSIDIAIRE

Section I - **La création jurisprudentielle** 234
Sous-section I - ***Les méthodes d'interprétation*** 234
§ I La méthode subjective 235
§ II La méthode textuelle 235

§ III La méthode téléologique 236
§ IV La méthode systémique 236
Sous-section II - ***Le recours aux principes généraux du droit*** 237
§ I Les sources des principes généraux du droit 237
§ II Les droits fondamentaux de la personne 238
Section II - Les applications jurisprudentielles 240
§ I Les valeurs fondatrices de l'Union 240
§ II Les principes et droits protecteurs 242
§ III Les principes constitutionnels 243

TROISIÈME PARTIE

L'ACTION INTERNATIONALE DU NOTARIAT FRANÇAIS

TITRE I

L'IMPLICATION DU NOTARIAT FRANÇAIS DANS LES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

Sous-titre I

LES ORGANISATIONS NOTARIALES PROFESSIONNELLES

CHAPITRE I

L'UNION INTERNATIONALE DU NOTARIAT (UINL)

CHAPITRE II

LE CONSEIL DES NOTARIATS DE L'UNION EUROPÉENNE (CNUE)

CHAPITRE III

L'ASSOCIATION DU NOTARIAT FRANCOPHONE (ANF)

CHAPITRE IV

LE CONSEIL SUPÉRIEUR DU NOTARIAT, LA MISSION DE L'INTERNATIONAL, LA DIRECTION EUROPE ET INTERNATIONAL

CHAPITRE V

L'INSTITUT INTERNATIONAL D'HISTOIRE DU NOTARIAT (IIHN)

Sous-titre II

LES AGENCES DE COOPÉRATION INTERNATIONALE

CHAPITRE I

LA FONDATION POUR LE DROIT CONTINENTAL

CHAPITRE II

L'AGENCE FRANÇAISE POUR LE DÉVELOPPEMENT (AFD)

CHAPITRE III

JUSTICE COOPÉRATION INTERNATIONALE (JCI)

TITRE II

LES PRINCIPALES ACTIONS MENÉES PAR LE NOTARIAT FRANÇAIS

Sous-titre I

SÉCURISER LES RELATIONS JURIDIQUES DANS LE MONDE

CHAPITRE I

LE SOUTIEN À LA CRÉATION DE NOUVEAUX NOTARIATS

CHAPITRE II

LE TITREMENT

CHAPITRE III

L'ACTION POUR LA DÉLIVRANCE D'UN ÉTAT CIVIL À TOUS

Sous-titre II

ACCOMPAGNER LES FRANÇAIS À L'ÉTRANGER

CHAPITRE I

LES RENCONTRES NOTARIALES INTERNATIONALES POUR LES FRANÇAIS DE L'ÉTRANGER

CHAPITRE II

L'ACCOMPAGNEMENT DES ENTREPRISES FRANÇAISES À L'ÉTRANGER

CHAPITRE III

L'ACCÈS AU DROIT DES CITOYENS EUROPÉENS

TITRE III

LES RAPPROCHEMENTS AVEC LES AUTRES NOTARIATS

Sous-titre I

LES ACCORDS BILATÉRAUX

CHAPITRE I

LES JUMELAGES

CHAPITRE II

LES ACCORDS DE PARTENARIAT

CHAPITRE III

L'EXEMPLE DE LA CHINE

CHAPITRE IV

LES FORMATIONS À L'INTERNATIONAL

Sous-titre II

LES OPÉRATIONS RELATIONNELLES

CHAPITRE I

LA REPRÉSENTATION DES NOTAIRES DE FRANCE À BRUXELLES

CHAPITRE II
LE DÉVELOPPEMENT DES NOUVELLES TECHNOLOGIES À L'INTERNATIONAL

CHAPITRE III
CSN INTERNATIONAL

TITRE IV

LES ACTIONS DESTINÉES À SOUTENIR L'ACTION INTERNATIONALE DU NOTARIAT FRANÇAIS

Sous-titre I

LES ACTIONS EUROPÉENNES

CHAPITRE I
LE RÉSEAU NOTARIAL EUROPÉEN (RNE)

CHAPITRE II
L'ASSOCIATION POUR UN RÉSEAU EUROPÉEN DES REGISTRES TESTAMENTAIRES (ARERT)

CHAPITRE III
L'ASSOCIATION DES NOTAIRES DES MÉTROPOLES EUROPÉENNES (ANME)

CHAPITRE IV
EUFIDES

Sous-titre II

LES ACTIONS INTERNATIONALES

CHAPITRE I
L'UNIVERSITÉ MONDIALE DU NOTARIAT « JEAN-PAUL DECORPS »

CHAPITRE II
LE FORUM GÉNÉRAL DE L'UINL

Sous-titre III

LES ACTIONS NATIONALES

CHAPITRE I
L'ASSOCIATION DU CENTRE NOTARIAL DE DROIT EUROPÉEN (ACENODE)

CHAPITRE II
LA LETTRE DES NOTAIRES DE FRANCE DANS LE MONDE

CHAPITRE III
JAFBASE

CHAPITRE IV
CONCLUSION

CHAPITRE V
LES SITES UTILES À L'INTERNATIONAL

RÉDIGER :
L'acte notarié français dans un contexte international

INTRODUCTION GÉNÉRALE

PARTIE PRÉLIMINAIRE

TITRE I

L'ACTE AUTHENTIQUE ET L'INSTITUTION DE L'AUTHENTICITÉ

CHAPITRE I

RAPPEL HISTORIQUE SUR L'ACTE AUTHENTIQUE

CHAPITRE II

L'ACTE AUTHENTIQUE EN DROIT POSITIF : DÉFINITION ET ATTRIBUTS

Section I - **Définition de l'acte authentique** 286
§ I Acte instrumentaire 287
§ II Acte dressé 287
§ III Acte vérifié 288
§ IV Acte conservé 289
§ V Par l'autorité publique 289
Section II - **Attributs de l'acte authentique** 290
§ I Date certaine 290
§ II Force probante 291
§ III Force exécutoire 293

TITRE II

LE STATUT DU NOTAIRE ET DE L'ACTE AUTHENTIQUE NOTARIÉ SELON LE DROIT EUROPÉEN

CHAPITRE I

LE NOTAIRE ET L'ACTE NOTARIÉ SELON LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Section I - **Vers une reconnaissance du service public notarial dans l'Union européenne ?** 295
§ I Évolution de la question du statut du notaire et de l'acte notarié selon le droit de l'Union européenne 296
§ II Définition de l'acte authentique par le droit de l'Union européenne 300

§ III Le service public notarial, une juridiction gracieuse en devenir pour le droit de l'Union européenne ? 301
Section II - La compétence internationale du notaire 313
§ I Principe de la portée de la compétence internationale 314
§ II Exception à la compétence internationale 315

CHAPITRE II
LE NOTAIRE ET L'ACTE NOTARIÉ SELON LA CONVENTION ET LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Section I - La sécurité juridique et le notariat 317
§ I Les fondements du principe dans la Convention 317
§ II Pour quelques applications du principe 319
Section II - Le notaire, magistrat de l'amiable selon la Cour européenne des droits de l'homme 324
§ I L'arrêt *Ana Ionita* : faits, actes et procédure 325
§ II L'arrêt *Ana Ionita* : portée et conséquences pour le notariat 326

PREMIÈRE PARTIE
PRÉPARATION ET RÉDACTION DE L'ACTE : ENJEUX ET MÉTHODOLOGIE

TITRE I
L'AN DEUX MIL DIX-NEUF : LA DATE DE L'ACTE

TITRE II
LE LIEU DE SIGNATURE

CHAPITRE I
PRINCIPES DU DROIT POSITIF FRANÇAIS

CHAPITRE II
ÉVOLUTIONS ET ÉMERGENCE DE NOUVEAUX BESOINS

Section I - Évolutions sociologiques et technologiques 334
§ I Évolutions sociologiques 334
§ II Évolutions technologiques 334
Section II - Émergence de nouveaux besoins 336

TITRE III
PAR-DEVANT

CHAPITRE I
RAPPEL DU PRINCIPE

CHAPITRE II
ÉVOLUTION DU PRINCIPE : UN PEU DE PROSPECTIVE

Section I - Résolution du Parlement européen du 8 janvier 1994 338
Section II - L'autonomie de la volonté en DIP : ses effets pour l'acte authentique international 339
Sous-section I - ***Nouvel état des lieux en droit patrimonial de la famille*** 339
§ I En droit européen des successions 339

§ II En droit européen des régimes matrimoniaux et des partenariats enregistrés 339
§ III En droit européen du divorce 340
§ IV En matière d'obligations alimentaires 340
Sous-section II - ***Nouvelles conséquences*** 340
§ I Application croissante en France de droits matériels étrangers 340
§ II De nouvelles solutions à inventer 341

TITRE IV
LA LANGUE UTILISÉE POUR LA RÉDACTION DE L'ACTE NOTARIÉ

Sous-titre I

RAPPEL HISTORIQUE

CHAPITRE I
SOUS L'ANCIEN RÉGIME

CHAPITRE II
SOUS LA PÉRIODE RÉVOLUTIONNAIRE

CHAPITRE III
SOUS LES RÉPUBLIQUES AYANT PRÉCÉDÉ LA CINQUIÈME

CHAPITRE IV
SOUS LA CINQUIÈME RÉPUBLIQUE

Sous-titre II

SOLUTION DE DROIT POSITIF EN PRÉSENCE D'UNE PARTIE NE COMPRENANT PAS LA LANGUE FRANÇAISE

CHAPITRE I
OBLIGATION POUR LE NOTAIRE D'INVITER LA PARTIE À SE FAIRE ASSISTER PAR UN INTERPRÈTE

CHAPITRE II
MAINTIEN DU DEVOIR DE CONSEIL DU NOTAIRE EN PRÉSENCE D'UN INTERPRÈTE

Sous-titre III

À NOUVELLES CONTRAINTES, SOLUTIONS NOUVELLES ?

CHAPITRE I
RÉFLEXIONS SUR LA PERSPECTIVE D'UN ACTE BILINGUE

CHAPITRE II
LES MENTIONS MANUSCRITES

CHAPITRE III
LES ANNEXES

TITRE V
ONT COMPARU : LES PARTIES À L'ACTE

Sous-titre I

LES PERSONNES PHYSIQUES

CHAPITRE I
LES PERSONNES PHYSIQUES : IDENTIFICATION

Section I - **Obligations professionnelles d'identification** 354
Section II - **L'état civil et l'identité des personnes à l'étranger** 355
Sous-section I - ***L'état civil à l'étranger*** 355
§ I Les règles générales 355
§ II Les règles spéciales de transcription sur les registres d'état civil français 368
Sous-section II - ***Les pièces justificatives de l'identité d'une personne*** 379
§ I Les pièces d'identité nationales 379
§ II La pièce internationale justificative de l'identité : le passeport 384

CHAPITRE II
LES PERSONNES PHYSIQUES : COMPARUTION

Section I - **Les personnes majeures** 385
Sous-section I - ***Les règles internationales de capacité et de protection des adultes*** 385
§ I La capacité d'une personne physique étrangère 386
§ II La protection internationale d'une personne adulte vulnérable 390
Sous-section II - ***La présence ou la représentation du client à l'acte authentique*** .. 400
§ I La présence à l'acte 400
§ II La représentation internationale d'un adulte à l'acte authentique 404
Section II - **Les personnes mineures** 425
§ I Les règles de droit commun 426
§ II Les règles de droit conventionnel 427
§ III Les règles de droit européen : le règlement Bruxelles II *bis* 435

CHAPITRE III
LES PERSONNES PHYSIQUES : PLURINATIONALITÉ

Section I - **Civilement** 444
Section II - **Fiscalement** 446

CHAPITRE IV
LES PERSONNES PHYSIQUES : INDICATION DU RÉGIME MATRIMONIAL

Section I - **Constat d'une pratique notariale actuelle** 447
Section II - **La pratique qui semble la plus appropriée** 447

Sous-titre II

LES AUTRES ENTITÉS OU INSTITUTIONS ORIGINALES

CHAPITRE I

LES PERSONNES MORALES

Section I - **La constitution des sociétés** 450
Sous-section I - ***Constitution en France*** 450
Sous-section II - ***Constitution à l'étranger*** 451
§ I Méthode conflictuelle 451
§ II Méthode de la reconnaissance des situations 451
Section II - **La condition des sociétés** 453
§ I Attribution de la nationalité aux sociétés 454
§ II Attribution de la nationalité aux groupes 455
§ III Conséquences attachées à la nationalité des sociétés 456
Section III - **Le fonctionnement des sociétés** 457
Sous-section I - ***La société*** *in bonis* 457
§ I La *lex societatis* : loi applicable au fonctionnement des sociétés 457
§ II Les tribunaux compétents à l'égard des sociétés pour connaître des litiges relatifs au fonctionnement des sociétés 458
§ III L'application des règles pénales aux sociétés étrangères 458
Sous-section II - ***La société en cessation de paiement*** 459
Section IV - ***Process*** **de comparution d'une société étrangère** 459
§ I Vérifications quant à la société 459
§ II Vérifications quant à l'état de la personne physique qui doit représenter la personne morale 460

CHAPITRE II

LES *TRUSTS :* COMPARUTION DANS UN ACTE NOTARIÉ

CHAPITRE III

LES AUTRES ENTITÉS ÉTRANGÈRES

TITRE VI

LE PRIX

CHAPITRE I

L'EXPRESSION DU PRIX DANS UN ACTE INTERNATIONAL

CHAPITRE II

LES TRANSFERTS DE FONDS

CHAPITRE III

LA DÉCLARATION DES COMPTES OUVERTS À L'ÉTRANGER

TITRE VII

LOI APPLICABLE

TITRE VIII

ELECTIO JURIS

TITRE IX

L'ARBITRAGE

Sous-titre I

LA CONVENTION D'ARBITRAGE

CHAPITRE I

L'ARBITRAGE EN DROIT INTERNATIONAL COMPARÉ À L'ARBITRAGE EN DROIT INTERNE

Section I - **En droit interne** 477
Section II - **En droit international** 477

CHAPITRE II

FONCTIONNEMENT DE L'ARBITRAGE EN DROIT INTERNATIONAL

Section I - **Développement de l'arbitrage** 478
Section II - **La convention d'arbitrage est appelée clause compromissoire ou compromis** 479
Section III - **Matière arbitrable** 480
Section IV - **Validité de la convention d'arbitrage** 480
Section V - **L'arbitre** 482
Section VI - **Le tribunal arbitral** 483
Section VII - **Valeur de la sentence arbitrale** 483

Sous-titre II

PLACE DU NOTAIRE DANS LE PROCESSUS D'ARBITRAGE

Sous-titre III

PLACE DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE DANS LES ACTES NOTARIÉS

DEUXIÈME PARTIE

LA CIRCULATION INTERNATIONALE DE L'ACTE

TITRE I

LA LÉGALISATION, ENTRE PRINCIPE ET EXCEPTIONS

Sous-titre I

LE PRINCIPE DE LA LÉGALISATION

CHAPITRE I

COMPRENDRE LA LÉGALISATION

Section I - **Son fondement juridique** 490
§ I Le fondement légal : l'ordonnance royale de la marine d'août 1681 490
§ II L'abrogation de l'ordonnance de la marine par ordonnance du 21 avril 2006 491
§ III Le transfert normatif vers la coutume internationale 492

Section II - **Ses définitions** 493
Sous-section I - ***En droit interne*** 494
§ I Selon le droit positif français 494
§ II Selon la doctrine administrative 494
§ III Selon le Conseil supérieur du notariat 494
Sous-section II - ***En droit international*** 495
§ I Selon le droit de l'Union européenne 495
§ II Selon le droit conventionnel 495

CHAPITRE II
MODALITÉS DE DÉLIVRANCE DE LA LÉGALISATION

Section I - **Actes établis par les autorités françaises compétentes. Mentions consacrées** 497
Sous-section I - ***Les autorités compétentes délivrant la légalisation*** 497
§ I Le service administratif compétent en France 497
§ II L'autorité française compétente à l'étranger 498
Sous-section II - ***Les mentions de légalisation consacrées en France*** 498
§ I Pour les actes publics 498
§ II Pour les attestations officielles figurant sur des actes sous seing privé 499
Section II - **Sanctions pour défaut de légalisation** 499
§ I L'absence ou l'irrégularité de la légalisation 499
§ II Les défauts du système instauré 501

Sous-titre II

LES EXCEPTIONS À LA LÉGALISATION

CHAPITRE I
LA LÉGALISATION SIMPLIFIÉE PAR LA FORMALITÉ DE L'APOSTILLE

Section I - **Définition et autorité de délivrance de l'apostille** 503
§ I Définition et étymologie 503
§ II Autorité de délivrance 504
Section II - **Portée de la Convention internationale de La Haye du 5 octobre 1961** 505

CHAPITRE II
LES DISPENSES OU SUPPRESSIONS DE LA LÉGALISATION OU DE L'APOSTILLE

Section I - **Au sein de l'Union européenne** 506
Sous-section I - ***Les conventions européennes*** 506
§ I La Convention de Londres du 7 juin 1968 506
§ II La Convention de Bruxelles du 25 mai 1987 506
Sous-section II - ***Les règlements européens*** 507
§ I En matière de droit patrimonial de la famille 508
§ II En matière d'acte authentique exécutoire et en matière judiciaire 509
§ III Règlement (UE) nº 2016/1191 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 (Règl. Documents publics) 510
Section II - **À l'international** 510
Sous-section I - ***Les conventions bilatérales entre États contractants*** 510

Sous-section II - ***Les conventions multilatérales de la Commission internationale de l'état civil (CIEC)*** 511
§ I Convention nº 16 signée le 8 septembre 1976 à Vienne 511
§ II Convention nº 17 signée le 15 septembre 1977 à Athènes 511
§ III Convention nº 34 signée le 14 mars 2014 à Strasbourg 512

TITRE II

LES FONDEMENTS ET MODALITÉS DE LA CIRCULATION INTERNATIONALE

Sous-titre I

RECONNAISSANCE OU ACCEPTATION ? QUESTION DE TERMINOLOGIE

CHAPITRE I

DISTINCTION ENTRE RECONNAISSANCE D'UN JUGEMENT ET ACCEPTATION D'UN ACTE NOTARIÉ

CHAPITRE II

L'ACCEPTATION DE L'ACTE NOTARIÉ EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Section I - Une présomption de validité 515
Section II - Les limites de la présomption 517
§ I La qualité de l'autorité locale qui instrumente dans les pays étrangers 517
§ II La contestation de l'acte notarié étranger 524

Sous-titre II

LA CIRCULATION DE L'ACTE EN DEHORS DE L'UNION EUROPÉENNE

CHAPITRE I

L'ÉQUIVALENCE OU LA PRISE EN CONSIDÉRATION DES ACTES NOTARIÉS CIRCULANTS

CHAPITRE II

LA PREUVE DE LA LOI ÉTRANGÈRE

Section I - L'origine jurisprudentielle de l'obligation de recherche 528
§ I L'obligation d'appliquer la règle de conflit 529
§ II L'obligation d'appliquer la loi matérielle étrangère 530
Section II - Les moyens de preuve de la loi étrangère à la disposition du notaire et les obstacles à son application 530
§ I Les moyens de preuve 531
§ II Les obstacles à l'application de la loi étrangère 533

Sous-titre III

LA CIRCULATION DE L'ACTE AU SEIN DE L'UNION EUROPÉENNE

CHAPITRE I

RÈGLEMENTS BRUXELLES I ET BRUXELLES I *BIS*

Section I - Règlement Bruxelles I 536
Section II - Règlement Bruxelles I *bis* 537

CHAPITRE II

RÈGLEMENTS EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA FAMILLE

Section I - **Règlement Bruxelles II *bis*** 539
Section II - **Règlement Successions** 540
Section III - **Règlements Régimes matrimoniaux et Partenariats enregistrés** . 541

TROISIÈME PARTIE

LA FISCALITÉ INTERNATIONALE

TITRE I

PRINCIPES GÉNÉRAUX

CHAPITRE I

LA TERRITORIALITÉ

Section I - **Principe d'imposition** 544
§ I L'obligation fiscale illimitée pour les résidents 544
§ II Les non-résidents français : l'obligation fiscale limitée 545
Section II - **Qu'est-ce que le territoire de la France au sens du droit fiscal ?** . 546
Section III - **Comment définir un revenu de source française au sens du droit interne ?** 546
§ I Les revenus de l'article 164 B, I du Code général des impôts 547
§ II Les revenus de l'article 164 B, II du Code général des impôts 547
Section IV - **L'imposition des revenus des non-résidents** 547
§ I Les revenus à inclure dans l'assiette de l'impôt sur le revenu 548
§ II Les revenus à ne pas inclure dans l'assiette imposable 548
§ III Comment se calcule l'impôt du non-résident ? 549

CHAPITRE II

LA RÉSIDENCE EN DROIT FISCAL

Section I - **La pénible difficulté consistant à distinguer la notion de résidence en droit fiscal : les notions à exclure** 550
§ I Le domicile civil (C. civ., art. 102) non applicable en matière fiscale 551
§ II La désignation par le contribuable de son domicile ordinaire n'est pas applicable en matière fiscale 554
§ III La notion de résident selon le règlement (UE) n° 650/2012 ; résidence habituelle : notion non applicable en matière fiscale 554
Section II - **La notion de résidence fiscale en droit interne : CGI, art. 4 B** ... 554
§ I Foyer ou lieu de séjour principal en France 555
§ II Exercice en France d'une activité professionnelle non accessoire 559
§ III Localisation en France du centre des intérêts économiques 560
§ IV Le rescrit 561
§ V Le cas des agents de l'État 561
§ VI Tableau comparatif de la notion de résidence en droit interne selon les pays 561
Section III - **La notion de résidence en droit conventionnel** 563
§ I Modèle OCDE 563
§ II En dehors du modèle OCDE 565
Section IV - **La notion de résidence des personnes morales** 566

CHAPITRE III

LA DOUBLE IMPOSITION

Section I - **Classification de la notion de double imposition** 566
§ I Les doubles impositions juridiques 566
§ II Les doubles impositions économiques 567
Section II - **Les solutions pour éliminer la double imposition** 567
§ I Méthode de l'exonération 567
§ II Méthode de l'imputation 569

CHAPITRE IV

LA DOUBLE EXONÉRATION

Section I - **Enjeux et état des lieux** 572
Section II - **En droit interne français et en jurisprudence** 573
§ I Les règles matérielles fiscales françaises 573
§ II La jurisprudence 574
Section III - **En droit européen** 575
Section IV - **Conclusion** 577

CHAPITRE V

COMMENT LIRE UNE CONVENTION FISCALE ?

Section I - **Le schéma d'une convention** 578
Section II - **Les articles introductifs formant les chapitres I et II** 580
§ I Question préliminaire : la convention fiscale s'applique-t-elle ? 580
§ II La personne concernée est-elle résidente d'un État ou de deux États ? 580
§ III Quelle est la définition des termes utilisés ? 582
§ IV L'impôt en cause entre-t-il dans le champ d'application de la convention ? 582
§ V Le client est-il une personne au sens de la convention fiscale ? 583
§ VI La résidence du contribuable est-elle située dans le champ d'application géographique de la convention fiscale ? 584
Section III - **Le corps de la convention. Articles formant les chapitres III, IV et V** . 584
§ I La répartition du droit d'imposer 584
§ II L'élimination de la double imposition 585
§ III Comment la convention fiscale qualifie-t-elle le revenu ? 585
§ IV Que doit-on faire si le revenu qu'on souhaite qualifier n'est pas visé dans la convention fiscale ? 585
§ V Quelles sont les règles d'imposition des revenus prévues par la convention ? 586
Section IV - **Les dispositions terminales** 586
Section V - **Le protocole éventuel** 586
Section VI - **Autres principes** 587
§ I L'interprétation de la convention 587
§ II Conflit entre le droit conventionnel et le droit interne 587

TITRE II

LES PLUS-VALUES

CHAPITRE I

PLUS-VALUE IMMOBILIÈRE DES RÉSIDENTS FRANÇAIS À L'OCCASION D'UNE VENTE À L'ÉTRANGER

Section I - **Principes généraux** 589
§ I En droit interne 589

§ II En droit conventionnel 590
§ III Le formalisme de la déclaration de plus-values immobilières 591
Section II - Cas pratiques 591
§ I Cas pratique n° 1 : Liquidation d'une plus-value en l'absence d'une convention fiscale 591
§ II Cas pratique n° 2 : Liquidation d'une plus-value en présence d'une convention fiscale 594

CHAPITRE II
L'*EXIT TAX*

Section I - Champ d'application 597
§ I Condition de transfert de domicile et de durée antérieure de domiciliation en France 597
§ II Nature des biens et des plus-values concernées 599
Section II - L'assiette de l'*exit tax* 600
Section III - Les modalités de l'*exit tax* 601
§ I Imposition 601
§ II Les cas de sursis de paiement 601
§ III Expiration du sursis de paiement 602

TITRE III
FISCALITÉ DU PATRIMOINE

CHAPITRE I
LES REVENUS FONCIERS

Section I - Notions générales applicables à l'imposition des revenus fonciers en présence d'une convention fiscale 603
Section II - L'imposition des revenus fonciers perçus en France par un résident fiscal étranger (France pays de la source) 605
§ I Les personnes physiques 605
§ II Les personnes morales 606
Section III - L'imposition des revenus fonciers perçus par un résident fiscal français à l'étranger (France pays de la résidence) 607
§ I En l'absence de convention fiscale 607
§ II En présence d'une convention fiscale 608

CHAPITRE II
L'IFI

Section I - Champ d'application 609
§ I Les personnes domiciliées en France 609
§ II Les personnes domiciliées hors de France 610
Section II - Assiette 610
§ I Les biens détenus directement 610
§ II Les biens et droits détenus indirectement 610
Section III - Imposition : modalités de calcul et traitement de la double imposition 611
§ I Élimination de la double imposition en l'absence d'une convention fiscale 611
§ II Élimination de la double imposition en présence d'une convention fiscale 612

CHAPITRE III

LA TAXE DE 3 % SUR LA VALEUR VÉNALE DES IMMEUBLES

Section I - Abandon de l'imposition forfaitaire des personnes physiques non résidentes disposant d'une résidence en France 613

Section II - La taxe de 3 % sur la valeur vénale des immeubles appartenant à certaines entités juridiques 613

QUATRIÈME PARTIE

RÉMUNÉRATION ET PROTECTION SOCIALE : LES ENJEUX DE L'INTERNATIONAL

TITRE I

LE CONTRAT DE TRAVAIL DU SALARIÉ EN MOBILITÉ INTERNATIONALE

Sous-titre I

DÉTACHEMENT OU CONTRAT LOCAL ?

CHAPITRE I

DÉTACHEMENT

CHAPITRE II

CONTRAT LOCAL

Sous-titre II

MISE À DISPOSITION DE PERSONNEL

CHAPITRE I

CONDITIONS DE LA MISE À DISPOSITION

CHAPITRE II

MISE À DISPOSITION DE SALARIÉS EN FRANCE

TITRE II

OPTIMISATION FISCALE DE LA RÉMUNÉRATION

Sous-titre I

RÉSIDENCE FISCALE DU SALARIÉ

CHAPITRE I

RAPPEL DU PRINCIPE DE RÉSIDENCE FISCALE DU SALARIÉ

CHAPITRE II

CONSÉQUENCES DE LA DÉTERMINATION DE LA RÉSIDENCE FISCALE DU SALARIÉ

Sous-titre II

LIEU D'IMPOSITION DES SALARIÉS

CHAPITRE I

LIEU D'IMPOSITION DES SALARIÉS EN DROIT INTERNE

Section I - **Cas du résident fiscal français** 619
Section II - **Cas du salarié expatrié** 620
Section III - **Cas du résident hors de France percevant des salaires en rémunération d'une activité exercée en France** 621

CHAPITRE II

LIEU D'IMPOSITION DES SALARIÉS EN DROIT CONVENTIONNEL

Sous-titre III

PRINCIPE DE L'ÉGALISATION FISCALE OU *GROSS-UP*

CHAPITRE I

DÉFINITION DE L'ÉGALISATION FISCALE

CHAPITRE II

COMPENSATION FISCALE

Sous-titre IV

RÉGIME DE L'IMPATRIATION

CHAPITRE I

EN FAVEUR DES SALARIÉS VENANT DE L'ÉTRANGER

Section I - **Champ d'application** 624
Section II - **Avantages du régime** 624
Section III - **Plafonnement des exonérations en cas d'exercice d'une activité par le salarié en France et en même temps à l'étranger** 625
Section IV - **Exonération d'impôt sur le revenu pour certains types de revenus de source étrangère** 625

CHAPITRE II

EN FAVEUR DES IMPATRIÉS NON SALARIÉS

Sous-titre V

CAS DES AGENTS DE L'ÉTAT EN SERVICE À L'ÉTRANGER

Sous-titre VI

TRAVAILLEURS FRONTALIERS

TITRE III

LA PROTECTION SOCIALE DU SALARIÉ EN MOBILITÉ INTERNATIONALE

Sous-titre I

LA LOI DE LA SÉCURITÉ SOCIALE APPLICABLE

Sous-titre II

DÉTACHEMENT OU EXPATRIATION

CHAPITRE I
DÉTACHEMENT ET LOI DE SÉCURITÉ SOCIALE APPLICABLE

CHAPITRE II
EXPATRIATION ET LA SÉCURITÉ SOCIALE APPLICABLE

Sous-titre III

ACTIVITÉS EXERCÉES DANS DEUX OU PLUSIEURS ÉTATS

CHAPITRE I
DANS L'UNION EUROPÉENNE

CHAPITRE II
HORS UNION EUROPÉENNE

CINQUIÈME PARTIE

LES *TRUSTS*

TITRE I

LE FONCTIONNEMENT DES *TRUSTS*

CHAPITRE I
LE *TRUST*, MÉCANISME FIDUCIAIRE DE GESTION DE PATRIMOINE

Section I - **Les points communs entre les *trusts*, les fiducies et les fondations** 633
Section II - **Le *trust* comparé au mandat** 634
Section III - **Le *trust* comparé à l'assurance vie** 635
Section IV - **Description du *trust*** 635
Section V - **Loi applicable au *trust*** 635

CHAPITRE II
ORIGINE ET MÉCANISMES DU *TRUST*

Section I - **Origine du *trust*** 636
Section II - **La double fragmentation créée par le *trust*** 637
§ I Fragmentation de propriété 637
§ II Fragmentation dans le temps 637
Section III - **Quel type d'actif peut être détenu par un *trust* ?** 637
Section IV - **Intérêts du *trust*** 638
§ I Éviter la procédure du ***probate*** 638
§ II Se protéger des créanciers 639
§ III Modifier la teneur du testament 639
§ IV Les autres utilités du ***trust*** 640
Section V - **Les différents acteurs d'un *trust*** 640
§ I Le constituant : ***settlor*** ou ***grantor*** ou ***trustor*** 640
§ II Le ***trustee*** 641

§ III Les bénéficiaires (appelés en anglais ***beneficiary*** ou ***beneficiaries***) 642
§ IV Le ***protector*** 644

CHAPITRE III
LES DIFFÉRENTS TYPES DE *TRUSTS*

Section I - Les *trusts* testamentaires 645
Section II - Les *trusts inter vivos* 645
§ I Le ***trust*** irrévocable 645
§ II Le ***trust*** révocable 646
§ III Le ***grantor trust*** 646
Section III - Le *trust* fixe ou *live interest trust* 647
Section IV - Le *trust* simple ou discrétionnaire 647
§ I Le ***trust*** simple 647
§ II Le ***trust*** complexe (ou discrétionnaire) 647
Section V - Le *purpose trust* ou *honorary trust* 647
Section VI - Le *resulting trust* 648

CHAPITRE IV
LA PRATIQUE NOTARIALE DU *TRUST*

Section I - L'appréciation du *trust* en droit français 649
Section II - Le *trust* et le règlement d'une succession 650
Section III - Les documents pouvant être demandés par un notaire français dans le cadre du règlement d'une succession comprenant un *trust* 651
Section IV - Le *trust* et le divorce 651
Section V - Litiges en matière de *trust* 652
Section VI - L'existence d'un registre public des *trusts* 652
Section VII - Faut-il liquider le *trust* avant de revenir en France ? 652

TITRE II
OBLIGATIONS DÉCLARATIVES FRANÇAISES D'UN *TRUST* ET SANCTION EN CAS DE DÉFAUT

CHAPITRE I
LES OBLIGATIONS DE DÉCLARATION À LA CHARGE DU *TRUSTEE*

CHAPITRE II
DÉFAUT DE DÉCLARATION D'UN *TRUST*

CHAPITRE III
LA TAXE PATRIMONIALE DE 3 %

TITRE III
LA FISCALITÉ DES *TRUSTS*

CHAPITRE I
FISCALITÉ APPLICABLE PENDANT LA VIE DU *TRUST*

Section I - Au moment de sa création 656
Section II - La taxation des revenus du *trust* 656
§ I Les revenus non distribués 656
§ II Les revenus distribués 656

Section III - **Le *trust* et l'impôt sur la fortune immobilière (IFI)** 657
§ I Principe 657
§ II Les ***trusts*** exclus de l'IFI 658
§ III L'IFI et les conventions fiscales 659
§ IV L'IFI et la taxation de patrimoine composant le ***trust*** au titre du prélèvement ***sui generis*** 659

CHAPITRE II
FISCALITÉ APPLICABLE AU DÉCÈS DU CONSTITUANT

Section I - **Principe d'imposition aux droits de mutation à titre gratuit** 660
Section II - **Cas particulier des droits de succession au taux de 45 %** 660
Section III - **Cas particulier des droits de succession au taux de 60 %** 661
Section IV - **Quel est l'impact des conventions fiscales internationales ?** 661
Section V - **Cas des transmissions successives** 662
Section VI - **Cas d'une sortie ultérieure des biens affectés dans le *trust*** 662

CHAPITRE III
FISCALITÉ APPLICABLE À LA DISSOLUTION DU *TRUST*

SIXIÈME PARTIE
L'ASSURANCE VIE DANS UN CADRE INTERNATIONAL

TITRE I
L'ASSURANCE VIE SOUS L'ANGLE CIVIL

CHAPITRE I
LOI APPLICABLE AUX CONTRATS CONCLUS AVANT LE 17 DÉCEMBRE 2009

CHAPITRE II
LOI APPLICABLE AUX CONTRATS CONCLUS À COMPTER DU 17 DÉCEMBRE 2009

Section I - **Pour les contrats dont les risques sont situés à l'intérieur du territoire des États membres** 668
Section II - **Pour les contrats dont les risques sont situés à l'extérieur du territoire des États membres** 669
Section III - **Difficultés pratiques** 670
Section IV - **L'assurance vie, une notion variante selon les pays** 670

TITRE II
L'ASSURANCE VIE SOUS L'ANGLE FISCAL

Sous-titre I

FISCALITÉ EN CAS DE VIE

CHAPITRE I
LE RACHAT

Section I - **Régime applicable avant la réforme de 2018** 673

Section II - **Régime applicable depuis la réforme de 2018** 673
§ I Contrat souscrit auprès d'une compagnie étrangère par un résident fiscal français au moment du rachat 675
§ II Contrats souscrits auprès d'une compagnie française, dont le souscripteur sera un non-résident au moment du rachat 676

CHAPITRE II
ASSURANCE VIE ET TRAITEMENT IFI

Sous-titre II

FISCALITÉ EN CAS DE DÉCÈS

CHAPITRE I
L'IMPÔT PRÉVU PAR L'ARTICLE 757 B DU CODE GÉNÉRAL DES IMPÔTS

CHAPITRE II
LA TAXE *SUI GENERIS* DE L'ARTICLE 990 I DU CODE GÉNÉRAL DES IMPÔTS

Sous-titre III

LES ENJEUX D'UNE STRATÉGIE : CLAUSE BÉNÉFICIAIRE DÉMEMBRÉE ET QUASI-USUFRUIT

CHAPITRE I
CAS PRATIQUE DE LIQUIDATION D'UNE SUCCESSION INTERNATIONALE EN PRÉSENCE D'UN CONTRAT AVEC UNE CLAUSE DE DÉMEMBREMENT

CHAPITRE II
ASSURANCE VIE, DÉMEMBREMENT, QUASI-USUFRUIT ET CRÉANCE DE RESTITUTION

Section I - **La souscription du contrat en démembrement** 683
§ I Décès du souscripteur en usufruit 683
§ II Décès du souscripteur en nue-propriété 684
Section II - **La convention de quasi-usufruit faisant suite au dénouement d'une clause bénéficiaire démembrée** 684
§ I En droit interne 684
§ II En droit international 686

Sous-titre IV

LES OBLIGATIONS FISCALES DES RÉSIDENTS FRANÇAIS ET LES ASSURANCES VIE INTERNATIONALES

CHAPITRE UNIQUE
RISQUE DE QUALIFICATION EN PRÉSOMPTION DE REVENUS, AMENDES ET CONDAMNATIONS PÉNALES

Section I - **La présomption de revenus** 686
Section II - **Les amendes** 687

TITRE III

LE CONTRAT D'ASSURANCE VIE LUXEMBOURGEOIS

CHAPITRE I

DÉVELOPPEMENT DE L'ASSURANCE VIE LUXEMBOURGEOISE EN FRANCE

CHAPITRE II

LES CARACTÉRISTIQUES DES CONTRATS LUXEMBOURGEOIS

Section I - **Confidentialité** 689
Section II - **Fiscalité. Non-imposition au Luxembourg** 689
Section III - **La sécurité des actifs** 689
§ I Comparaison franco-luxembourgeoise 690
§ II Doit-on en conclure que le contrat d'assurance vie luxembourgeois est un produit sans risque ? 691
Section IV - **Une grande souplesse d'investissement** 691

TITRE IV

ASSURANCE VIE INTERNATIONALE. ACTIONS JUDICIAIRES. CONFLITS DE JURIDICTIONS

CHAPITRE I

CONFLITS DE JURIDICTIONS

CHAPITRE II

ACTIONS JUDICIAIRES DEVANT LES TRIBUNAUX FRANÇAIS

Section I - **Primes manifestement exagérées et contrats d'assurance vie souscrits à l'étranger** 694
Section II - **Requalification en donation déguisée ou indirecte d'un contrat d'assurance international** 696
Section III - **Action judiciaire fondée sur la notion de précarité économique ou de besoin** 696
Section IV - **Les autres actions** 697

CHAPITRE III

ACTIONS JUDICIAIRES DEVANT LES TRIBUNAUX ÉTRANGERS

TITRE V

TRAITEMENT CIVIL ET FISCAL DE L'ASSURANCE VIE DANS CERTAINS PAYS ÉTRANGERS

VIVRE :
La famille dans un contexte international

PREMIÈRE PARTIE

ÉTABLIR UNE FILIATION

TITRE I

LA FILIATION

Sous-titre I

L'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION PAR L'EFFET DE LA LOI

CHAPITRE I

PAR L'EFFET DE LA LOI : PRINCIPES EN DROIT FRANÇAIS

Section I - **L'établissement de la filiation maternelle** 711

Section II - **L'établissement de la filiation paternelle** 712

§ I Le domaine de la présomption 712

§ II L'exclusion de la présomption 712

§ III Le rétablissement de la présomption (de plein droit ou judiciaire) 713

CHAPITRE II

PAR L'EFFET DE LA LOI : PRINCIPES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Section I - **Le domaine de la loi applicable** 715

Section II - **Le conflit mobile** 716

Section III - **Le renvoi** 716

Section IV - **L'exception d'ordre public international** 716

Sous-titre II

L'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION PAR LA RECONNAISSANCE

CHAPITRE I

LA RECONNAISSANCE : PRINCIPES EN DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE II
LA RECONNAISSANCE : PRINCIPES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Sous-titre III

L'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION PAR LA POSSESSION D'ÉTAT

CHAPITRE I
LA POSSESSION D'ÉTAT : PRINCIPES EN DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE II
LA POSSESSION D'ÉTAT : PRINCIPES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

TITRE II

L'ADOPTION INTERNATIONALE

Sous-titre I

LES SOURCES APPLICABLES EN MATIÈRE D'ADOPTION INTERNATIONALE

CHAPITRE I
LES CONVENTIONS MULTILATÉRALES

CHAPITRE II
LES CONVENTIONS BILATÉRALES

CHAPITRE III
LES RÈGLES DE CONFLIT DE LOIS EN MATIÈRE D'ADOPTION

Sous-titre II

LE NOTAIRE ET L'ADOPTION PRONONCÉE EN FRANCE

CHAPITRE I
LES DIFFÉRENTES PHASES DE L'ADOPTION

CHAPITRE II
LES CONDITIONS DE FOND DE L'ADOPTION

Section I - **Les conditions relatives à l'adoptant** 727
Section II - **Les conditions relatives à l'adopté** 729
Section III - **Le consentement du représentant légal** 730
§ I Adoptions soumises à la convention du 29 mai 1993 730
§ II Adoptions non soumises à la convention du 29 mai 1993 731

Sous-titre III

LE NOTAIRE ET L'ADOPTION PRONONCÉE À L'ÉTRANGER

CHAPITRE I
ACCUEIL DU JUGEMENT D'ADOPTION PRONONCÉ À L'ÉTRANGER

Section I - **Adoption prononcée dans un État partie à la Convention de La Haye du 29 mai 1993** 733
Section II - **Adoption prononcée dans un État tiers** 734

CHAPITRE II
CONSÉQUENCES EN FRANCE DU JUGEMENT D'ADOPTION RENDU À L'ÉTRANGER

TITRE III
CAS PARTICULIERS DE LA GPA ET DE LA PMA

CHAPITRE I
CONDITION ET ÉVOLUTION DE LA PMA EN FRANCE

CHAPITRE II
LA GESTATION POUR AUTRUI

DEUXIÈME PARTIE
S'UNIR

TITRE I
LES COUPLES NON MARIÉS

Sous-titre I
L'UNION DE FAIT

Sous-titre II
PARTENARIATS ENREGISTRÉS

CHAPITRE I
CONDITIONS DE FORMATION ET EFFETS DES PARTENARIATS

Section I - **Les partenariats enregistrés en France** 755
Sous-section I - ***La formation du partenariat enregistré en France*** 755
§ I Les conditions de fond 755
§ II Les conditions de forme 757
Sous-section II - ***Les effets du partenariat enregistré en France*** 758
§ I Effets en France 758
§ II Effets à l'étranger 759
Section II - **Les partenariats enregistrés à l'étranger** 759
Sous-section I - ***La reconnaissance en France des partenariats enregistrés à l'étranger*** 760
Sous-section II - ***Les effets en France des partenariats enregistrés à l'étranger*** 760
§ I La loi applicable au régime des biens des partenaires 760
§ II Les effets fiscaux 761

CHAPITRE II
LE RÈGLEMENT (UE) DU 24 JUIN 2016

Section I - **Le champ d'application du règlement (UE) du 24 juin 2016** 763
Sous-section I - ***Le champ d'application matériel*** 763
§ I La notion de « partenariat enregistré » 763
§ II La notion « d'effets patrimoniaux » 764

Sous-section II - ***Le champ d'application temporel*** 764
Sous-section III - ***Le champ d'application spatial*** 765
Section II - La détermination de la loi applicable aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés 765
Sous-section I - ***Le rattachement subjectif (loi choisie)*** 766
§ I Option ouverte aux partenaires enregistrés 766
§ II La forme de la désignation de la loi applicable 767
§ III Le moment du choix 768
§ IV Les effets d'un changement de loi applicable 768
§ V L'opposabilité aux tiers 769
Sous-section II - ***Le rattachement objectif (en l'absence de choix de loi)*** 769
§ I Principe : application de la loi de l'État de l'autorité de l'enregistrement 769
§ II Exception : application de la loi de la dernière résidence habituelle commune 770
Sous-section III - ***La portée de la loi applicable*** 771
§ I Principe : unicité de la loi applicable 771
§ II Limite tenant aux lois de police 771
§ III Limite tenant à l'ordre public 771
Sous-section IV - ***L'exclusion du renvoi*** 771

TITRE II

LES COUPLES MARIÉS

Sous-titre I

LE MARIAGE

CHAPITRE I

LA VALIDITÉ DU MARIAGE

Section I - Les conditions de forme : le lieu de célébration du mariage 774
Sous-section I - ***Mariage au consulat*** 775
§ I Époux de nationalité française 775
§ II Couples mixtes 776
Sous-section II - ***Mariage à l'étranger*** 776
§ I Mariage en la forme locale 776
§ II Formalités pour l'époux de nationalité française 777
Section II - Les conditions de fond 779
Sous-section I - ***Le principe : application de la loi nationale*** 779
Sous-section II - ***Loi nationale et couples mixtes*** 780
§ I Le principe : application distributive des lois nationales – empêchements unilatéraux à mariage 780
§ II Exception : application cumulative des deux lois nationales – empêchements bilatéraux 780
Section III - Particularités du mariage entre personnes de même sexe 781
§ I Mariage entre personnes de même sexe célébré en France 781
§ II Reconnaissance en France des mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger 783
Section IV - Particularités des mariages polygamiques 784

CHAPITRE II

LES EFFETS DU MARIAGE

Section I - **Détermination de la loi applicable** 785
Section II - **Le domaine de la loi applicable** 786
Section III - **Le régime primaire impératif** 786
Sous-section I - ***Solutions dégagées par la jurisprudence*** 787
Sous-section II - ***Règlement européen nº 2016/1103 en matière de régime matrimonial*** 787
§ I Règles du régime primaire incluses dans le règlement 788
§ II Règles du régime primaire exclues du règlement 788
§ III Intervention des lois de police 788

Sous-titre II

LE RÉGIME MATRIMONIAL

CHAPITRE I

LES DIFFÉRENTES RÈGLES POUVANT RÉGIR LES RÉGIMES MATRIMONIAUX

Section I - **Époux mariés avant le 1er septembre 1992 : la règle jurisprudentielle** 791
Section II - **Époux mariés entre le 1er septembre 1992 et le 28 janvier 2019 : la Convention de La Haye du 14 mars 1978** 791
§ I Domaine matériel 791
§ II Domaine temporel 792
§ III Domaine spatial 792
Section III - **Époux mariés après le 29 janvier 2019 et époux voulant modifier la loi applicable à leur régime matrimonial (quelle que soit la date de leur mariage) : le règlement européen du 24 juin 2016** 792
§ I Domaine matériel 793
§ II Domaine temporel 794
§ III Domaine spatial 795

CHAPITRE II

LA DÉTERMINATION DU RÉGIME MATRIMONIAL LORS DU MARIAGE

Section I - **Le régime matrimonial subjectif (loi choisie)** 795
Sous-section I - ***La déclaration hors contrat*** 796
Sous-section II - ***L'établissement d'un acte*** 798
§ I Conditions de validité 798
§ II Lois pouvant être choisies 800
§ III Réception en France et reconnaissance à l'étranger des contrats de mariage 803
Section II - **Le régime matrimonial objectif (en l'absence de choix de loi)** ... 813
Sous-section I - ***Mariage célébré avant le 1er septembre 1992*** 813
§ I Détermination du choix tacite des époux 813
§ II Conséquences du choix tacite des époux 816
Sous-section II - ***Mariage célébré entre le 1er septembre 1992 et le 28 janvier 2019*** 817
§ I Principe : loi de la première résidence habituelle des époux 818
§ II Exception : loi nationale commune des époux 818

§ III Rattachement subsidiaire en faveur de l'État qui présente les liens les plus étroits avec les époux 821
Sous-section III - ***Mariage célébré à compter du 29 janvier 2019*** 821
§ I Principe : loi de la première résidence habituelle commune des époux 822
§ II À défaut en faveur de la loi nationale commune des époux 822
§ III À défaut en faveur de la loi de l'État avec lequel les époux ont ensemble les liens les plus étroits au moment de la célébration du mariage 822
§ IV Clause d'exception : loi de la dernière résidence habituelle commune des époux 823

CHAPITRE III
LE CHANGEMENT DE RÉGIME MATRIMONIAL ET DE LOI APPLICABLE AU RÉGIME MATRIMONIAL AU COURS DU MARIAGE

Section I - Le changement de régime matrimonial 824
Section II - Le changement de loi applicable au régime matrimonial 825
Sous-section I - ***La mutabilité volontaire*** 825
§ I Article 6 de la convention de La Haye 825
§ II L'article 22 du règlement (UE) n° 2016/1103 du 24 juin 2016 829
Sous-section II - ***La mutabilité automatique*** 834
§ I Les époux concernés 834
§ II À quel moment ? 834
§ III Effets de la mutabilité automatique 836
§ IV *Quid* après le 28 janvier 2019 ? 836

TROISIÈME PARTIE
SE SÉPARER

TITRE I
LA PROCÉDURE DE DIVORCE

Sous-titre I
LE DIVORCE JUDICIAIRE

CHAPITRE I
LES CONFLITS DE JURIDICTIONS EN MATIÈRE DE DIVORCE

Section I - Les règles de compétence du règlement Bruxelles II *bis* 844
§ I Les articles 3 à 5 du règlement Bruxelles II ***bis*** : la compétence générale 844
§ II Les articles 6 et 7 du règlement : l'éventuel retour au droit commun 847
Section II - Les stratégies contentieuses 849

CHAPITRE II
LES CONFLITS DE LOIS EN MATIÈRE DE DIVORCE

Section I - L'autonomie de la volonté en matière de divorce 851
§ I Les modalités du choix 852
§ II L'intérêt du choix 853
Section II - La loi applicable à défaut de choix 854
§ I L'article 309 du Code civil 854
§ II Le règlement Rome III 854
Section III - Mise en œuvre de la règle de rattachement 855

Sous-titre II

LE DIVORCE CONVENTIONNEL

CHAPITRE I

LA COMPÉTENCE TERRITORIALE DU NOTAIRE

Section I - **Absence de règles de compétence territoriale du notaire** 857

Section II - **Rétablissement des règles de compétence en cas de saisine du juge** 859

CHAPITRE II

LA LOI APPLICABLE AU DIVORCE CONVENTIONNEL

Sous-titre III

CIRCULATION DU DIVORCE : RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION

CHAPITRE I

EFFETS EN FRANCE DES JUGEMENTS DE DIVORCE PRONONCÉS À L'ÉTRANGER

Section I - **Jugement rendu dans un État membre de l'Union européenne** ... 862

§ I Principe de reconnaissance de plein droit 862

§ II Motifs de non-reconnaissance 862

§ III Mention en marge de l'état civil 863

§ IV Exécution du jugement en France 864

Section II - **Jugement rendu dans un État non membre de l'Union européenne** 864

§ I La reconnaissance 865

§ II Mention en marge de l'état civil 867

§ III Exécution du jugement en France 867

CHAPITRE II

EFFETS À L'ÉTRANGER DU DIVORCE CONVENTIONNEL

Section I - **Au sein de l'Union européenne** 868

§ I Rupture du lien matrimonial et responsabilité parentale : article 39 du règlement Bruxelles II ***bis*** 868

§ II Droit de visite : article 41 du règlement Bruxelles II ***bis*** 869

§ III Obligations alimentaires 869

Section II - **Hors Union européenne** 870

TITRE II

LES EFFETS PATRIMONIAUX DU DIVORCE

CHAPITRE I

LES OBLIGATIONS ALIMENTAIRES

Section I - **Champ d'application du règlement** 872

Sous-section I - ***Champ d'application matériel*** 873

Sous-section II - ***Champ d'application spatial*** 873

Sous-section III - ***Champ d'application dans le temps*** 874

Section II - **La juridiction compétente** 874
Sous-section I - ***La juridiction compétente à défaut de choix*** 874
Sous-section II - ***La juridiction compétente en présence d'une élection de for*** 876
Section III - **La loi applicable** 877
Sous-section I - ***La loi applicable en l'absence de choix*** 877
Sous-section II - ***Le choix de loi*** 878
Section IV - **La circulation des décisions** 879

CHAPITRE II
LA LIQUIDATION ET LE PARTAGE

Section I - **Effets en France d'un jugement étranger contenant une ou des attributions de biens immobiliers situés en France au profit d'un ex-époux** 880
Section II - **Effets à l'étranger d'un jugement français contenant une ou des attributions de biens immobiliers situés à l'étranger au profit d'un ex-époux** 881

QUATRIÈME PARTIE
HÉRITER

TITRE I
LES RÈGLES DE CONFLIT APPLICABLES À LA SUCCESSION

Sous-titre I

VUE MONDIALE SUR LES RÈGLES DE CONFLIT EN MATIÈRE SUCCESSORALE

CHAPITRE I
LES SYSTÈMES UNITAIRES

Section I - **Rattachement unique aboutissant à l'application d'une loi unique** 887
§ I La nationalité 887
§ II La dernière résidence 888
§ III La résidence habituelle 888
§ IV La dernière résidence sous condition de durée 888
§ V Le ***for*** 889
§ VI Le dernier domicile du défunt 889
Section II - **Rattachement unique aboutissant à l'application d'une pluralité de lois** 889

CHAPITRE II
LES SYSTÈMES SCISSIONNISTES

Section I - **Le domicile pour les meubles et la *lex rei sitae* pour les immeubles** 890
Section II - **La dernière résidence pour les meubles et la *lex rei sitae* pour les immeubles** 891
Section III - **La nationalité pour les meubles et la *lex rei sitae* pour les immeubles** 891

Section IV - Autres éléments de rattachement 891
Section V - Incertitude sur l'élément de rattachement retenu et absence d'élément de rattachement 892

Sous-titre II

MÉTHODE DE TRAITEMENT D'UNE SUCCESSION INTERNATIONALE

CHAPITRE I

NÉCESSITÉ DU RAISONNEMENT DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Section I - Les éléments d'extranéité devant induire un raisonnement de droit international privé 895
Sous-section I - ***Éléments en rapport avec le défunt*** 895
§ I La nationalité 895
§ II La résidence habituelle 896
Sous-section II - ***Éléments en rapport avec les biens dépendant de la succession*** ... 896
Sous-section III - ***Éléments en rapport avec les héritiers*** 896
Section II - Les éléments d'extranéité n'induisant pas de raisonnement en droit international privé 896
Section III - Tableau synoptique 897

CHAPITRE II

DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE À LA SUCCESSION

Section I - Décès intervenu avant le 17 août 2015 898
Sous-section I - ***Recherche de l'existence d'une loi de police*** 898
Sous-section II - ***Les règles de rattachement prévues par le système de droit international privé français*** 899
§ I Loi du dernier domicile du défunt pour les biens mobiliers 900
§ II Loi de la ***lex rei sitae*** pour les immeubles 901
§ III La qualification 901
Section II - Décès intervenu après l'entrée en application du règlement (UE) nº 650/2012 (17 août 2015) 902
Sous-section I - ***Déterminer la loi applicable*** 902
§ I Recherche de l'existence d'une loi de police 903
§ II En présence d'un choix de loi : la ***professio juris*** 905
§ III En l'absence d'un choix de loi : loi de la résidence habituelle 916
§ IV Détermination de la loi applicable par le jeu de la clause d'exception 919
Sous-section II - ***Mise en œuvre du rattachement : les correctifs*** 920
§ I La fraude à la loi 920
§ II Le renvoi 921
§ III L'application de la loi matérielle étrangère : la question de l'ordre public international 925

CHAPITRE III

ÉTABLIR ET ACCUEILLIR LA DÉVOLUTION SUCCESSORALE

Section I - L'établissement en France des actes dévolutifs devant produire des effets à l'étranger : « l'export » 932

Sous-section I - ***En présence d'une disposition testamentaire : « l'export » de la dévolution volontaire*** 932
§ I Vérifications préalables afférentes à la disposition testamentaire 932
§ II Enregistrement de la disposition 933
Sous-section II - ***En l'absence d'une disposition testamentaire : « l'export » de la dévolution ab intestat*** 934
Sous-section III - ***Actes à dresser*** 935
§ I Dispositions générales 935
§ II En présence de biens situés dans un État membre 935
§ III En présence de biens situés dans un État tiers 936
Section II - La réception d'actes étrangers devant produire des effets en France : « l'import » 936
Sous-section I - ***La dévolution successorale provenant d'un État membre*** 936
§ I Vérification de la compétence matérielle 936
§ II Vérification de la compétence territoriale 938
§ III Problèmes pratiques relatifs au CSE 938
Sous-section II - ***La dévolution successorale provenant d'un État tiers*** 942

CHAPITRE IV

LA COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE EN MATIÈRE SUCCESSORALE

Section I - Succession ouverte avant le 17 août 2015 943
Section II - Succession ouverte après le 17 août 2015 944
Sous-section I - ***La compétence générale*** 944
§ I Principe 944
§ II Premier aménagement : l'accord d'élection de ***for*** 945
§ III Deuxième aménagement : le déclinatoire de compétence 946
§ IV Troisième aménagement : l'article 13 du règlement 947
Sous-section II - ***La compétence subsidiaire*** 947
Sous-section III - ***Forum necessitatis et déni de justice*** 947

TITRE II

FISCALITÉ DES SUCCESSIONS ET DES LIBÉRALITÉS DANS UN CONTEXTE INTERNATIONAL

Sous-titre I

SPÉCIFICITÉ DES TRANSMISSIONS À TITRE GRATUIT DANS UN CONTEXTE INTERNATIONAL

CHAPITRE I

L'IMPORTANCE DE LA QUALIFICATION : RÉGIME MATRIMONIAL OU SUCCESSION ?

CHAPITRE II

L'IMPORTANCE DE LA DÉTERMINATION DES RÉGIMES FISCAUX APPLICABLES

Sous-titre II

FISCALITÉ DES SUCCESSIONS INTERNATIONALES

CHAPITRE I

LE RÈGLEMENT D'UNE SUCCESSION EN L'ABSENCE DE CONVENTION FISCALE

Section I - **Critères de domiciliation fiscale : article 4 B du Code général des impôts** 955

Section II - **Règles de territorialité** 956

Sous-section I - ***Si le défunt / donateur est domicilié fiscalement en France (résident de France)*** 956

Sous-section II - ***Si le défunt / donateur est domicilié à l'étranger et que les héritiers (ou le légataire) / donataires sont non-résidents de France*** 956

Sous-section III - ***Si le défunt / donateur est domicilié à l'étranger et que l'héritier (ou le légataire) / donataire est résident de France et l'a été pendant une période d'au moins six ans au cours des dix dernières années*** 957

Section III - **Notion de biens situés en France** 958

Sous-section I - ***Biens meubles ou immeubles ayant une assise matérielle en France*** 958

Sous-section II - ***Immeubles ou droits immobiliers détenus indirectement en France*** 959

Section IV - **Conflits de qualification des biens** 960

Section V - **Conflits de rattachement** 962

Section VI - **Cas particulier de l'assurance vie** 962

Section VII - **Liquidation fiscale** 962

§ I Actif 962

§ II Passif 965

§ III Liquidation des droits de mutation à titre gratuit 966

CHAPITRE II

LE RÈGLEMENT D'UNE SUCCESSION EN PRÉSENCE D'UNE CONVENTION INTERNATIONALE

Section I - **Généralités** 968

Section II - **Définition du domicile fiscal** 969

Section III - **Conflits de qualification des biens** 970

Section IV - **Conflits de rattachement** 971

Section V - **Règle de répartition du droit d'imposer** 971

Section VI - **Règle de répartition des dettes : quatre principes (Modèle OCDE, art. 8)** 973

Section VII - **Élimination des doubles impositions** 973

§ I Méthode de l'imputation 973

§ II Méthode de l'exonération 974

Section VIII - **Dispositions complémentaires** 975
§ I L'étendue du paragraphe « non-discrimination » 975
§ II La portée de la clause prévoyant une procédure amiable 975
§ III La clause anti-abus et le droit de suite 975

Sous-titre III

FISCALITÉ DES DONATIONS INTERNATIONALES

CHAPITRE I

LE TRAITEMENT D'UNE DONATION EN L'ABSENCE D'UNE CONVENTION FISCALE INTERNATIONALE

CHAPITRE II

LE TRAITEMENT D'UNE DONATION EN PRÉSENCE D'UNE CONVENTION FISCALE INTERNATIONALE

Sous-titre IV

LES OBLIGATIONS DÉCLARATIVES

CHAPITRE I

LES OBLIGATIONS DÉCLARATIVES EN MATIÈRE DE SUCCESSION

CHAPITRE II

LES OBLIGATIONS DÉCLARATIVES EN MATIÈRE DE DONATION

TITRE III

TABLEAU SYNOPTIQUE RÉCAPITULATIF DE LA MATIÈRE SUCCESSORALE

CINQUIÈME PARTIE

ANTICIPER

TITRE I

LES INSTITUTIONS JURIDIQUES : IMPORT ET EXPORT

CHAPITRE I

LE CONJOINT SURVIVANT À L'INTERNATIONAL : UNE NOTION À GÉOMÉTRIE VARIABLE

CHAPITRE II

S'ASSURER DE L'EFFICACITÉ JURIDIQUE À L'ÉTRANGER DES SOLUTIONS PROPOSÉES

Section I - **La donation entre époux** 1007
Section II - **La donation-partage** 1009
Section III - **Le démembrement de propriété à l'export : une fausse bonne idée** 1009
Section IV - **Les avantages matrimoniaux** 1010

CHAPITRE III

COMMENT ACCUEILLIR LES DISPOSITIONS PRISES À L'ÉTRANGER ?

Section I - **La réception du *trust*** 1011

Section II - **La réception du pacte successoral** 1013

Section III - **La mise en œuvre de l'exception d'ordre public, des lois de police et la fraude à la loi** 1014

TITRE II

LES LIMITES À L'ANTICIPATION SUCCESSORALE

CHAPITRE I

VÉRIFIER L'OPPORTUNITÉ FISCALE D'UNE OPÉRATION DE TRANSMISSION

CHAPITRE II

LES EFFETS LIMITÉS DE LA *PROFESSIO JURIS*

CHAPITRE III

LA PLACE LAISSÉE À L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ DANS L'ANTICIPATION SUCCESSORALE

CONTRACTER :
Acquérir et financer dans un contexte international

PREMIÈRE PARTIE

LA VENTE DANS UN CONTEXTE INTERNATIONAL

TITRE I

LA VENTE EN FRANCE PAR LES NON-RÉSIDENTS

Sous-titre I

L'ORIENTATION PARTICULIÈRE DU CONTRAT DE VENTE D'IMMEUBLE EN FRANCE PAR LES NON-RÉSIDENTS

CHAPITRE I

LES PARTICULARITÉS CIVILES DU CONTRAT DE VENTE DES NON-RÉSIDENTS EN FRANCE

Section I - **Les points de contrôle formels du contrat de vente d'immeuble à l'international** 1023

Sous-section I - ***La mise en place du cadre formel du contrat de vente d'immeuble*** 1023

Sous-section II - ***Les aspects formels relatifs aux parties du contrat de vente d'immeuble*** 1024

Section II - **Les points de contrôle spécifiques de fond en matière de vente d'immeuble à l'international** 1025

Sous-section I - ***L'analyse de la situation maritale des parties*** 1025

Sous-section II - ***La désignation du bien immobilier objet de la vente*** 1025

CHAPITRE II

LES PARTICULARITÉS FISCALES DE LA VENTE IMMOBILIÈRE DES NON-RÉSIDENTS EN FRANCE

Section I - **Les incidences fiscales pour le vendeur** 1026

Sous-section I - ***Le principe : l'imposition des vendeurs non résidents*** 1026

§ I L'imposition sur le revenu retiré de la vente 1026

§ II L'imposition au titre de la contribution sociale généralisée 1027

§ III La TVA sur le prix de vente 1028

Sous-section II - ***Les dérogations en raison de la situation internationale du vendeur*** 1029
§ I Les dérogations liées à l'application des conventions fiscales 1030
§ II Les dérogations liées à une résidence fiscale antérieure en France 1030
§ III L'exonération de la dernière résidence principale en France 1031
Sous-section III - ***La désignation d'un représentant fiscal*** 1031
§ I Le principe : l'obligation de désigner un représentant fiscal 1031
§ II Les dérogations légales 1032
Section II - Les incidences fiscales pour l'acquéreur 1033
Sous-section I - ***L'imposition classique de l'acquéreur non résident*** 1033
Sous-section II - ***L'imposition sur la fortune immobilière*** 1034

CHAPITRE III

LA FORME DE L'AVANT-CONTRAT

Section I - L'efficacité particulière de la promesse unilatérale de vente dans un contexte international 1035
Sous-section I - ***Les caractéristiques principales des promesses unilatérale et synallagmatique sous l'angle international*** 1035
§ I Les atouts de la promesse unilatérale de vente 1035
§ II La promesse synallagmatique de vente moins adaptée à l'international 1036
Sous-section II - ***L'option en faveur d'une promesse unilatérale de vente dans un contexte international*** 1038
Section II - L'exécution efficace de la promesse unilatérale de vente authentique 1039

Sous-titre II

LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT DE VENTE

CHAPITRE I

LA DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT

Section I - La détermination de la loi applicable 1042
Sous-section I - ***Le choix de la loi applicable par les parties*** 1042
§ I La consécration de l'autonomie de la volonté 1043
§ II Les limites à l'autonomie de la volonté 1048
Sous-section II - ***Les rattachements subsidiaires à défaut de choix de loi applicable*** 1049
§ I Le système mis en place par la convention de Rome 1050
§ II Le système mis en place par le règlement Rome I 1055
Sous-section III - ***Les rattachements spéciaux (les contrats de consommation)*** 1059
§ I Le champ d'application des articles 5 de la convention de Rome et 6 du règlement Rome I 1061
§ II Les règles protectrices des articles 5 de la convention de Rome et 6 du règlement Rome I 1064
§ III Développement du droit dérivé de la consommation 1065
Sous-section IV - ***Mécanismes pouvant bouleverser l'application des règles sur la détermination de la loi applicable*** 1069
§ I Le renvoi 1069
§ II L'exception d'ordre public 1069
§ III Le jeu des lois de police 1069

Section II - **Le domaine de la loi applicable** 1071
Sous-section I - ***La formation du contrat*** 1072
§ I Les conditions de fond 1072
§ II Les conditions de forme 1073
Sous-section II - ***Effets, exécution, extinction et nullité du contrat*** 1073
Sous-section III - ***La transmission des obligations*** 1075
§ I La cession de créance 1075
§ II La subrogation 1075
Sous-section IV - ***La vente immobilière*** 1076

CHAPITRE II
L'APPLICATION DES DISPOSITIONS IMPÉRATIVES AU CONTRAT DE VENTE D'IMMEUBLE DANS UN CONTEXTE INTERNATIONAL

Section I - **Les obligations d'information** 1077
Sous-section I - ***Les obligations de notification imposées par les articles L. 271-1, L. 721-2 et R. 261-30 du Code de la construction et de l'habitation*** 1078
§ I Le respect des obligations de notification imposées par les articles L. 271-1 et L. 721-2 1078
§ II La notification du projet d'acte de vente en l'état futur d'achèvement 1081
§ III La forme de la notification 1081
Sous-section II - ***L'obligation d'information aux titulaires d'un droit de préemption*** 1086
Section II - **L'obligation d'annexer les diagnostics techniques à la promesse de vente** 1086

Sous-titre III

LE PRIX DE VENTE À L'INTERNATIONAL

CHAPITRE I
LA DÉTERMINATION DU PRIX DE VENTE À L'INTERNATIONAL

Section I - **La sécurisation du choix de la monnaie du prix de vente** 1089
Sous-section I - ***L'obligation de paiement au moyen de virements bancaires*** 1089
Sous-section II - ***Les précautions rédactionnelles sécurisant le contrat*** 1090
Section II - **La détermination de la monnaie du prix de vente** 1092

CHAPITRE II
LE PAIEMENT DU PRIX DE VENTE À L'INTERNATIONAL

Section I - **Le paiement comptant du prix de vente dans un contexte international** 1093
Sous-section I - ***Le paiement du prix par l'acquéreur étranger*** 1093
Sous-section II - ***La remise du prix de vente au vendeur étranger*** 1096
§ I Le paiement du prix de vente 1096
§ II Les autres paiements 1097
Section II - **Le paiement à terme ou selon un échéancier** 1099

TITRE II

L'INVESTISSEMENT IMMOBILIER À L'ÉTRANGER PAR LES RÉSIDENTS FRANÇAIS

Sous-titre I

LE NOTAIRE ET L'INVESTISSEMENT IMMOBILIER DES FRANÇAIS À L'ÉTRANGER

CHAPITRE I

LE RÔLE DU NOTAIRE FRANÇAIS : ENTRE OPPORTUNITÉ ET PRUDENCE

Section I - **La plus-value apportée par le notaire français** 1102
Sous-section I - ***L'apport de sa capacité d'analyse juridique*** 1102
Sous-section II - ***La poursuite du rapport de confiance entre le notaire et son client français*** 1103
Section II - **La prudence, alliée du notaire** 1103
Sous-section I - ***La sécurisation de l'investissement immobilier à l'étranger*** 1103
§ I La sécurisation juridique pour le notaire 1104
§ II La sécurisation juridique pour l'acquéreur français à l'étranger 1105
Sous-section II - ***Les écueils à éviter*** 1105

CHAPITRE II

L'ACQUISITION PAR UN FRANÇAIS À L'ÉTRANGER

Section I - **L'accompagnement lors de l'acquisition** 1107
Sous-section I - ***L'accompagnement formel lors de l'acquisition*** 1107
§ I L'apport de l'expertise notariale française 1107
§ II Les environnements juridiques étrangers 1108
Sous-section II - ***L'accompagnement sur le fond*** 1109
§ I Les points de vigilance 1109
§ II Le financement de l'acquisition immobilière à l'étranger 1110
Section II - **L'organisation patrimoniale de l'acquisition** 1111

Sous-titre II

LE NOTAIRE ET LA DÉTENTION PUIS LA REVENTE D'UN IMMEUBLE PAR UN FRANÇAIS À L'ÉTRANGER

CHAPITRE I

LA DÉTENTION IMMOBILIÈRE À L'ÉTRANGER

CHAPITRE II

LA REVENTE IMMOBILIÈRE À L'ÉTRANGER

Section I - **Les aspects fiscaux de la vente immobilière à l'étranger** 1112
Section II - **Les aspects financiers de la vente immobilière à l'étranger** 1113

DEUXIÈME PARTIE

LES MODES DE DÉTENTION IMMOBILIÈRE À L'INTERNATIONAL

TITRE UNIQUE

LE CHOIX DU MODE DE DÉTENTION IMMOBILIÈRE À L'INTERNATIONAL

Sous-titre I

LA PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE DIRECTE OU INDIRECTE DANS UN CONTEXTE INTERNATIONAL

CHAPITRE I

LES CRITÈRES DE CHOIX DES MODALITÉS DE DÉTENTION DE L'IMMEUBLE

Section I - **La recherche de la flexibilité de la détention immobilière** 1116

Section II - **La recherche de l'optimisation fiscale de l'investissement immobilier** 1117

Section III - **La recherche de la protection dans les modalités de la détention immobilière** 1118

CHAPITRE II

LE CHOIX STRATÉGIQUE LIÉ À L'ANTICIPATION DE LA TRANSMISSION DE L'IMMEUBLE

Section I - **Les techniques historiques d'anticipation successorale *via* une société** 1119

Sous-section I - ***L'ameublissement du patrimoine*** 1119

§ I Les intérêts civils et fiscaux de l'ameublissement 1119

§ II Les écueils et contraintes de l'ameublissement 1120

Sous-section II - ***Les aménagements statutaires adaptés à l'international*** 1121

§ I La clause de tontine 1121

§ II Les clauses de participations croisées 1122

§ III Le renforcement des pouvoirs des gérants et l'élargissement de l'objet social 1123

Section II - **Les techniques classiques en cas de détention en direct** 1123

§ I Définition et conditions du pacte tontinier 1124

§ II La tontine à l'international 1125

Sous-titre II

LA PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE AU MOYEN D'UNE SOCIÉTÉ FRANÇAISE OU ÉTRANGÈRE

CHAPITRE I

LES CONTRAINTES STATUTAIRES DE LA DÉTENTION IMMOBILIÈRE *VIA* UNE SOCIÉTÉ

Section I - **Les contrôles formels en cas d'acquisition au moyen d'une société de droit étranger** 1128

Section II - **Les informations spécifiques en cas d'acquisition au moyen d'une société de droit français par des acquéreurs étrangers** 1130

CHAPITRE II

LES CONTRAINTES FISCALES DE LA DÉTENTION IMMOBILIÈRE *VIA* UNE SOCIÉTÉ

Section I - **L'information sur les aspects fiscaux pendant la détention immobilière** 1130

Sous-section I - ***La taxe annuelle sur la valeur vénale du bien*** 1131

Sous-section II - ***La taxation des revenus immobiliers*** 1131

Section II - **L'information sur les aspects fiscaux de la revente du bien** 1132

Sous-section I - ***La taxe sur la plus-value immobilière en cas de vente par une société française comprenant des associés étrangers*** 1132

Sous-section II - ***La taxe sur la plus-value immobilière en cas de vente par une société étrangère*** 1132

Sous-titre III

LE DÉMEMBREMENT DE PROPRIÉTÉ À L'INTERNATIONAL

CHAPITRE UNIQUE

L'ACCUEIL À L'ÉTRANGER D'UN DÉMEMBREMENT DE PROPRIÉTÉ FRANÇAIS

Section I - **L'intégration du démembrement de propriété français dans certains pays** 1133

Section II - **L'absence de reconnaissance du démembrement de propriété français dans d'autres pays** 1134

TROISIÈME PARTIE

LE FINANCEMENT

TITRE UNIQUE

LE FINANCEMENT DANS UN CONTEXTE INTERNATIONAL

CHAPITRE I

LES CONDITIONS D'INTERVENTION SUR LE MARCHÉ BANCAIRE FRANÇAIS

Section I - **Le principe d'interdiction d'accès au marché français** 1136

§ I Les opérations de banque, de paiement et d'investissement : le monopole bancaire 1137

§ II L'interdiction de solliciter : le démarchage bancaire 1141

Section II - **Les conditions d'accès des établissements européens** 1141

Section III - **Les conditions d'accès des établissements non européens** 1142

CHAPITRE II

LA FORMATION DU CONTRAT DE PRÊT

Section I - Propos introductifs 1143

Section II - Détermination des enjeux. Présentation du dispositif français de protection de l'emprunteur immobilier 1145

§ I Champ d'application 1145

§ II Réglementations découlant de l'application du statut 1147

Section III - Détermination des enjeux. Présentation du dispositif français de prohibition des prêts usuraires 1149

§ I État de la réglementation française 1149

§ II Enjeux pour les prêteurs étrangers. Existence de lois pénalisant l'usure dans les droits étrangers . 1150

Section IV - Harmonisation de la protection de l'emprunteur. La directive « Crédit hypothécaire » du 4 février 2014 1150

§ I Objectifs de la directive 1150

§ II Harmonisation et non uniformisation 1151

Section V - Application de l'article 6 du règlement Rome I à certaines dispositions protectrices de l'emprunteur consommateur immobilier 1151

§ I Rappel du principe de liberté des parties dans la détermination de la loi applicable au contrat ... 1151

§ II Principe tempéré par les impératifs de protection du consommateur 1151

§ III Applications pratiques 1153

Section VI - Application de l'article 9 du règlement Rome I à certaines dispositions protectrices de l'emprunteur consommateur immobilier 1154

§ I La notion de loi de police 1154

§ II Réglementation relative à l'usure et loi de police 1155

CHAPITRE III

LES CLAUSES ATTRIBUTIVES DE JURIDICTION

Section I - Les sources applicables 1157

Sous-section I - ***Le règlement (UE) nº 1215/2012 du 12 décembre 2012*** 1157

Sous-section II - ***La convention de Lugano*** 1157

Sous-section III - ***Le droit commun issu de la jurisprudence française*** 1159

Section II - La clause au profit de la juridiction d'un État membre de l'Union européenne ou lié par la convention de Lugano 1159

§ I Les prêts au profit d'une personne physique qualifiée de consommateur 1159

§ II Les prêts au profit d'une contrepartie française qualifiée de professionnelle 1162

Section III - La clause au profit de la juridiction d'un État tiers 1163

§ I Le prêt au profit d'un consommateur résidant en France 1164

§ II Le prêt au profit d'une contrepartie professionnelle résidant en France 1165

CHAPITRE IV

LES GARANTIES DU CONTRAT DE PRÊT

Section I - Les sûretés réelles conventionnelles 1165

§ I Lois applicables aux sûretés conventionnelles 1166

§ II Le privilège du vendeur 1168

§ III Le privilège de prêteur de deniers 1168

§ IV L'hypothèque conventionnelle 1169

Section II - Les sûretés personnelles 1170

QUATRIÈME PARTIE

L'EXÉCUTION DES CONTRATS DANS UN CONTEXTE INTERNATIONAL

TITRE UNIQUE

L'EXÉCUTION DU CONTRAT

Sous-titre I

LA NÉCESSAIRE CONSTATATION DE LA FORCE EXÉCUTOIRE

CHAPITRE I

LA FORCE EXÉCUTOIRE : UNE FORCE INTERNATIONALE ?

CHAPITRE II

L'*EXEQUATUR*, LA FORCE EXÉCUTOIRE CONDITIONNÉE

Section I - **La raison d'être de l'*exequatur*** 1176
Section II - **La procédure d'*exequatur*** 1177

CHAPITRE III

LA CONFIANCE MUTUELLE, LA FORCE EXÉCUTOIRE EUROPÉENNE

Section I - **Les champs d'application** 1179
§ I Le champ spatial 1179
§ II Champ d'application spatial 1180
§ III Champ matériel 1180
Section II - **Les modalités de délivrance du titre exécutoire** 1181

Sous-titre II

LA MISE EN EXÉCUTION DE L'ACTE NOTARIÉ

CHAPITRE I

LES MOYENS DE DÉFENSE DU DÉBITEUR

CHAPITRE II

LA NATURE DE L'EXÉCUTION FORCÉE

CINQUIÈME PARTIE

LA PUBLICITÉ FONCIÈRE

TITRE I

L'ACCOMPLISSEMENT DES FORMALITÉS DE PUBLICITÉ FONCIÈRE

CHAPITRE UNIQUE

L'ACCOMPLISSEMENT DES FORMALITÉS DE PUBLICITÉ FONCIÈRE EN PRÉSENCE D'UN ACTE AUTHENTIQUE OU D'UNE DÉCISION EN PROVENANCE DE L'ÉTRANGER

Section I - **L'exigence de réitération** 1188

Section II - Les exceptions à la réitération 1189
§ I Les exceptions prévues par l'article 710-1 du Code civil 1189
§ II Les exceptions qui ne sont pas prévues par l'article 710-1 du Code civil 1189

TITRE II

L'ACCOMPLISSEMENT DES FORMALITÉS DE PUBLICITÉ FONCIÈRE EN PRÉSENCE D'UN PARTAGE GLOBAL

CHAPITRE UNIQUE

L'ACCOMPLISSEMENT DES FORMALITÉS DE PUBLICITÉ FONCIÈRE EN PRÉSENCE D'UN PARTAGE GLOBAL FAIT À L'ÉTRANGER COMPRENANT DES IMMEUBLES SITUÉS EN FRANCE

TITRE III

L'ACCOMPLISSEMENT DES FORMALITÉS DE PUBLICITÉ FONCIÈRE EN PRÉSENCE D'UN *TRUST*

CHAPITRE UNIQUE

L'ACCOMPLISSEMENT DES FORMALITÉS DE PUBLICITÉ FONCIÈRE EN PRÉSENCE D'UN *TRUST* COMPRENANT DES IMMEUBLES SITUÉS EN FRANCE

SIXIÈME PARTIE

LA LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT DANS UN CONTEXTE INTERNATIONAL

TITRE UNIQUE

LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT D'ARGENT ET EXTRANÉITÉ : LE NOTAIRE EST UNE CIBLE

CHAPITRE I

LE CLIENT PRÉSENTANT UN ÉLÉMENT D'EXTRANÉITÉ

CHAPITRE II

LES FONDS EN PROVENANCE DE L'ÉTRANGER

CHAPITRE III

LA TRANSACTION PRÉSENTANT UN ÉLÉMENT D'EXTRANÉITÉ

CHAPITRE IV

TENTATIVE DE SYNTHÈSE À L'USAGE DU NOTAIRE

Liste des rubriques

Exemples, pratiques et focus

Acte :
- Régime matrimonial mentionné dans un acte notarié *3227*

Acte anormal de gestion :
- Personne morale non résidente *2519*

Acte authentique :
- Bonne pratique pour une procuration authentique à l'étranger *2218*
- Cas pratiques de validité d'actes notariés étrangers en France *2381*
- Circulation améliorée des actes UE *2119*
- Définition de l'acte authentique selon le droit de l'Union européenne *2037*
- Exemples d'annexes *2113*
- La présence physique d'un client étranger à l'acte *2184*
- Personne physique de nationalité étrangère *2173*
- Proposition de clauses en présence d'un interprète *2110*
- Représentation internationale *2189*

Acte électronique international :
- Proposition pour un notaire nomade *2082*

Acte public à l'étranger :
- L'obligation de la légalisation *2347*

Acte sous seing privé :
- Légalisation *2343*

Adoption :
- Adopter un enfant marocain ? *3040*
- Adoption simple de l'enfant majeur de son conjoint *3039*

Adoption internationale :
- Les consentements à obtenir *3043*
- Reconnaissance d'un jugement étranger *3046*

Apostille :
- Mise en garde : visiter régulièrement le site de la Conférence *2354*

Arbitrage :
- Clause compromissoire *2312*
- Qualification d'interne ou d'international *2308*
- Voies de recours: sentence ou *exequatur* *2315*

Assurance vie :
- Cas particulier de versement complémentaire sur un contrat déjà souscrit *2631*
- Danger de la clause bénéficiaire indiquant mes héritiers *2632*
- Le contrat luxembourgeois *2680*

- Loi applicable : lieu de l'engagement *2626*
- Loi de l'État débiteur *2645*
- Rachat avant l'exil *2636*
- Résidences secondaires adresse du contrat *2628*
- Traitement de l'IFI *2642*

Attribution de la responsabilité : parentale :
- Accord dans une convention de divorce *2232*
- Loi de la résidence habituelle *2231*

Autorité parentale :
- Représentation *2225*

Autorités administratives :
- L'obligation de la légalisation *2347*

Banque :
- Le registre des agents financiers Regafi *4196*

Bien indisponible :
- Loi marocaine *3503*

Biens situés en France :
- Prépondérance immobilière *3489*

Capacité :
- Le notariat et l'erreur excusable en matière de capacité *2221*

Capacité d'une personne physique étrangère :
- Les incapacités spéciales de jouissance *2166*
- Plurinationalité *2257*

Centre des intérêts économiques :
- Critères et étude patrimoniale *2452*

Circulation des actes :
- Le règlement UE du 6 juillet 2016 applicable depuis février 2019 *2119*
- Une reconnaissance simplifiée des actes d'état civil européens *2119*

Clause attributive de juridiction :
- Élection de *for* *2304*
- Litige et tribunal compétent *2304*

Clause bénéficiaire :
- Danger de la clause bénéficiaire indiquant mes héritiers *2632*

Clause compromissoire :
- Arbitrage *2312*

Clause de participation croisée :
- Exemple de clause de participation croisée *4167*

Clause type :
- Loi applicable *2303*
- Prix et devises *4115*

Client européen :
- Le notaire français et l'état civil de ses clients européens *2119*

Consentement dans l'adoption internationale :
- Personnes concernées *3043*

Contrat :
- Cas pratiques de validité d'actes notariés étrangers en France *2381*
- Régime matrimonial mentionné dans un acte notarié *3227*

Contrat de mariage :
- Cas pratique d'un contrat de mariage avec un mineur *2169*

Convention fiscale internationale :
- Calcul du taux effectif *3526*
- France-Italie *2507*
- La location en meublé *2522*
- Méthode de l'exonération avec progressivité *2470*
- Plus-value internationale *2507*
- Répartition du droit d'imposer *2489*

Couple international :
- Le répertoire civil annexe *2144*

CSE :
- CSE et régime matrimonial : illustration *3448*

Date de l'acte :
- Horodatage de l'acte international *2072*

Décès à l'étranger :
- Clauses d'élection de *for 3456*
- Transcription *2151*

Décharge :
- Investissement immobilier à l'étranger *4136*

Défunt donateur domicilié à l'étranger :
- Donataire résident en France *3484*

Divorce :
- Résidence des époux *3287*

Domicile civil :
- Personne de nationalité française *2441*

Domicile fiscal :
- Autriche succession *3514*
- Indication de la nationalité *2258*
- Italie succession *3514*

Donation : de l'usufruit parts de SCI :
- France-Belgique *3535*
- France-USA *3535*

Double imposition :
- Exemple de conflits de qualification entre la France et un État lié par une convention *3493*
- IFI *2530*
- Origine des risques *3511*

Droit de succession :
- *Trust 2615*

Droit étranger :
- Ce qu'il faut retenir pour la règle de conflit *2408*

Droit musulman :
- Distinction traditionnelle *adoul/cadi 2395*

Élection de *for* :
- Clause type *2304*

État civil à l'étranger :
- Intersexualité *2134*
- Respect de la forme usitée du pays *2117*
- Une reconnaissance simplifiée des actes d'état civil européens *2119*

Exequatur :
- Arbitrage et voies de recours *2315*
- Une certaine pratique de l'*exequatur* à toutes fins utiles *4259*

Expatrié :
- Lieu d'imposition *2544*

Extinction de la responsabilité parentale :
- Accord dans une convention de divorce *2232*
- Loi de la résidence habituelle *2231*

Filiation :
- L'essentiel à retenir dans le cadre d'une PMA *3061*
- Où conserver l'acte de consentement ? *3059*

Financement :
- Articulation entre la *lex contractus* et la *lex rei sitae 4249*
- Le registre des agents financiers Regafi *4196*

Force probante :
- État civil: respect de la forme usitée du pays *2117*

Foyer fiscal :
- L'essentiel à retenir *2448*

Fraude fiscale :
- Danger : nouvelle amende applicable aux notaires *2302*

Héritage international :
- Loi applicable *3423*

Identification :
- Allemagne-Mention des particularités et comparaison *2261*
- Couples soumis à une loi anglo-saxonne et régime matrimonial *2261*
- Mention en présence de couples soumis à une loi connaissant le concept de régime matrimonial *2261*
- Pays-Bas-Mention des particularités et comparaison *2261*

IFI :
- Double imposition *2530*

Immeuble :
- Exemple de détention indirecte par des non-résidents *3491*
- Note sur le processus de la vente immobilière : *4004*

Inaptitude :
- Focus sur le mandat de protection future français *2180*

Incapacité :
- Les incapacités spéciales de jouissance d'une personne physique étrangère *2166*

Incorporation :
- Hongrie : transfert de siège *2268*
- Société constituée à l'étranger *2268*

Interprète :
- Exemples d'annexes à traduire *2113*
- Le notaire français et l'état civil de ses clients européens *2119*
- Proposition de clauses en présence d'un interprète *2110*
- Règles de bonnes pratiques en présence d'une partie non francophone à l'acte *2110*

Intersexualité :
- La Cour de cassation et le notaire *2134*

Investissement immobilier à l'étranger :
- Décharge lors de la remise du projet d'acte et des procurations *4136*

Joint tenancy :
- Signature aux USA *4176*

Jugement étranger :
- Les répudiations musulmanes *3323*

Juridiction :
- Compétence du notaire *3460*
- Saisine et décalage horaire *3285*

Legal opinion :
- Représentation internationale de la société *2288*

Légalisation :
- Le fameux cas Van Morgen *2321*

Légalisation des actes sous seing privé :
- Admission au visa *2343*
- Ce que n'est pas la légalisation *2326*

Lettre de mission :
- Notaire *4134*

Lex rei sitae :
- Financement: articulation entre la *lex contractus* et *la lex rei sitae 4249*

Liquidation d'une plus-value en l'absence d'une convention fiscale :
- France-Uruguay *2506*

Litige :
- Clause attributive de juridiction *2304*

Litispendance :
- Saisine de la juridiction et décalage horaire *3285*

Location en meublé :
- Convention fiscale internationale *2522*

Loi applicable :
- Assurance vie choix de la loi applicable *2626*
- Clause d'exception : conditions *3408*
- Clause type *2303*
- Héritage international *3423*
- Mandat : application au cas pratique « Van Morgen » *2193*

Loi étrangère inapplicable :
- Dans la pratique notariale *2418*

Majeur :
- Adoption simple de l'enfant majeur de son conjoint *3039*

Mandat :
- Désignation de la loi applicable *2193*
- Focus sur le mandat de protection future français *2180*
- L'efficacité d'une clause de désignation de loi *2196*
- Les personnes vulnérables en Europe : ce qu'il faut retenir *2180*

Mariage :
- Opposabilité aux tiers du mariage célébré à l'étranger non transcrit *3139*

Mariage de Français en pays étranger :
- Opposabilité d'un mariage : ce qu'il faut retenir *2137*
- Vérifications nécessaires par le notaire *2136*

Maroc :
- Adopter un enfant marocain ? *3040*
- Bien indisponible *3503*
- Distinction traditionnelle *adoul/cadi 2395*
- Transferts de fonds et succession *2293*

Mineur :
- Cas pratique d'un contrat de mariage *2169*
- Le notariat et l'erreur excusable en matière de capacité *2221*
- Succession internationale franco-américaine en présence d'un mineur binational *2255*
- Vente d'un bien immeuble *2229*

Nationalité de la société :
- Attention en matière fiscale *2279*
- Exemple d'attribution de la nationalité par application du critère du siège réel *2274*
- Exemple de société ne remplissant pas le critère du caractère sérieux *2275*

Non-résident :
- Exemple de détention indirecte d'un immeuble *3491*

Notaire :
- Exemple de détention indirecte d'un immeuble *3491*
- Danger : nouvelle amende applicable aux notaires *2302*
- Enregistrement du pacs avec un partenaire né à l'étranger *2140*
- Fonctions juridictionnelles *3460*
- Lettre de mission *4134*
- Mariage de Français en pays étranger *2136*
- Mention en présence de couples soumis à une loi connaissant le concept de régime matrimonial *2261*
- Opposabilité d'un mariage à l'étranger *2137*
- Reconnaissance d'un jugement d'adoption étranger *3046*
- Transcription de pacs international *2141*

Notary public :
- En Australie et aux USA *2387*
- Focus sur la procuration pour emprunter par un *notary public* australien devant être produite en France *2219*

Nullité du testament rédigé par plusieurs personnes :
- Le testament conjonctif *3391*

Opposabilité d'un mariage à l'étranger :
- Les points à retenir *2137*

Pacs :
- Le notaire et l'établissement d'un pacs en présence d'un ressortissant étranger *3092*
- L'importance de la transcription sur les registres d'état civil *2150*
- Pratique notariale de l'enregistrement avec un partenaire né à l'étranger *2140*
- Transcription de pacs international : que retenir ? *2141*

Pacte successoral :
- Le testament conjonctif *3391*

Paiement à terme :
- Vente d'un bien immeuble *4127*

Paiement du prix de vente :
- Avertissement du vendeur *4122*
- Conseil pratique sur l'obtention des références bancaires *4122*

Partenariat enregistré :
- Pratique notariale de l'enregistrement avec un partenaire né à l'étranger *2140*
- Transcription de pacs international : que retenir ? *2141*

Personne morale non résidente :
- Acte anormal de gestion *2519*

Plurinationalité :
- Capacité en fonction de la loi nationale de l'intéressé *2257*
- Domicile fiscal *2258*

Plus-value :
- France-Uruguay *2506*

Plus-value internationale :
- Conseil de liquidation *2507*
- France-Italie *2507*

PMA :
- Règles de filiation *3061*

Prépondérance immobilière :
- Biens situés en France *3489*

Prix et devises :
- Clause de paiement du prix en partie dans une monnaie étrangère *4120*
- Clause type *4115*
- Déclarations confirmant le paiement d'une partie du prix de vente à l'étranger *4120*

Procuration authentique à l'étranger :
- Bonne pratique pour une procuration authentique à l'étranger *2218*
- Focus sur la procuration pour emprunter par un notary public australien devant être produite en France *2219*
- Un réflexe à acquérir : systématiser les clauses de désignation de loi dans les procurations *2212*

Promesse synallagmatique de vente :
- Union internationale des huissiers de justice *4035*

Protection future :
- Les personnes vulnérables en Europe *2180*

Protector :
- L'essentiel à retenir *2578*

Rachat avant l'exil :
- Assurance vie *2636*

Rattachement :
- L'essentiel à retenir *2173*

Reconnaissance :
- Les répudiations musulmanes *3323*

Régime matrimonial :
- Allemagne-Mention des particularités et comparaison *2261*
- Couples soumis à une loi anglo-saxonne *2261*
- CSE et régime matrimonial : illustration *3448*
- Le répertoire civil annexe *2144*
- Loi applicable: les précautions à prendre *2257*
- Mention en présence de couples soumis à une loi connaissant le concept de régime matrimonial *2261*
- Pays-Bas-Mention des particularités et comparaison *2261*

Répartition du droit d'imposer :
- Convention fiscale internationale *2489*

Représentant légal :
- Vente d'un bien immeuble appartenant à un mineur résidant en Angleterre *2229*

Représentation :
- Autorité parentale et formalité habilitante *2225*
- Ce que n'est pas la légalisation *2326*
- Un réflexe à acquérir : systématiser les clauses de désignation de loi dans les procurations *2212*

Représentation internationale :
- La présence physique d'un client étranger à l'acte : ce qu'il faut retenir *2184*
- L'efficacité d'une clause de désignation de loi *2196*
- Pratique de *la legal* opinion *2288*
- Rôle du notaire *2189*

Résidence :
- Attention en matière fiscale *2279*
- Personne de nationalité française *2441*

Résident fiscal :
- L'essentiel à retenir *2448*

Responsabilité parentale :
- Accord dans une convention de divorce *2232*
- Loi de la résidence habituelle *2231*

Ressortissant étranger :
- Le notaire et l'établissement d'un pacs *3092*

Salarié détaché :
- Lieu d'imposition *2544*

SCI :
- Exemple de participation croisée *4167*
- Trust et l'absence de reconnaissance par la France *2570*

Séparation :
- Résidence des époux *3287*

Service public notarial :
- Prémices d'une définition de l'officier public *2040*
- Réflexion prospective et l'avènement d'un notariat transfrontière *2046*
- Un notaire n'est pas un juge, un avocat n'est pas un notaire et réciproquement *2048*

Siège à l'étranger :
- Assurance vie *2645*

Siège social :
- Exemple d'attribution de la nationalité par application du critère du siège réel *2274*

Société constituée à l'étranger :
- Exemple de société ne remplissant pas le critère du caractère sérieux *2275*
- Hongrie : transfert de siège *2268*
- Règle de l'incorporation *2268*

Souscripteur étranger d'une assurance vie :
- Résidences secondaires adresse du contrat *2628*

Succession :
- Clauses d'élection de for *3456*
- Domicile fiscal *3514*
- Domicile fiscal *3514*
- Exemple de conflits de qualification entre la France et un État lié par une convention *3493*

Succession internationale :
- Décès à l'étranger *2151*
- Défunt donateur domicilié à l'étranger et donataire résident e France *3484*
- France-USA en présence d'un mineur binational *2255*

Taux effectif :
- Calcul du taux effectif *3526*
- Convention fiscale internationale *2470*

Tontine :
- USA - Joint tenancy *4176*

Transcription du mariage célébré à l'étranger :
- L'importance de la transcription sur les registres d'état civil *2150*
- Opposabilité aux tiers du mariage célébré à l'étranger non transcrit *3139*

Transferts de fonds :
- Succession au Maroc *2293*

Trust :
- Exemple de trust irrévocable *2582*
- Exemple récapitulatif des droits de succession à 60% *2615*
- Exonération du prélèvement sous condition *2598*
- L'absence de reconnaissance par la France *2570*
- L'essentiel à retenir *2578*
- *Trust inter vivos 2589*

Union internationale des huissiers de justice :
- Promesse synallagmatique de vente *4035*

Usufruit parts de SCI :
- Donation France-Belgique *3535*
- Donation France-USA *3535*

Vendeur étranger :
- Conseil pratique sur l'obtention des références bancaires *4122*
- Notaire : avertissement du vendeur *4122*

Vente d'un bien immeuble :
- Clause de paiement du prix en partie dans une monnaie étrangère *4120*
- Déclarations confirmant le paiement d'une partie du prix de vente à l'étranger *4120*
- Le paiement à terme ou selon un échéancier *4127*
- Mineur orphelin résident en Angleterre *2229*
- Note sur le processus de la vente immobilière *4004*

Liste des principaux sigles, acronymes et abréviations du rapport du 115e Congrès des notaires de France

A.	Arrêté
AAED	Acte authentique électronique à distance
Acenode	Association du Centre notarial de droit européen
ACNF	Association Congrès des notaires de France
ACPR	Autorité de contrôle prudentiel et de résolution
Actes prat. strat. patrimoniale	*Actes pratiques et stratégie patrimoniale*
ADSN	Association pour le développement du service notarial
AELE	Association européenne de libre-échange
AJDA	*Actualité juridique de droit administratif*
AJF	*Actualité juridique Famille*
ANF	Association du notariat francophone
ANF	Accès des notaires au fichier immobilier
ANME	Association des notaires des métropoles européennes
Arch. phil. dr.	*Archives de philosophie du droit et de philosophie sociale*
ARERT	Association du réseau européen des registres testamentaires
BCE	Banque centrale européenne
BCN	Banques centrales nationales
BDCF	*Bulletin des conclusions fiscales*
BEI	Banque européenne d'investissement
BGB	*Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand)*
BO	*Bulletin officiel (des différents ministères)*
BOFiP	*Bulletin officiel des finances publiques-impôts*
BOI	*Bulletin officiel des impôts*
Bull. ASA	*Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage*
Bull. assoc. mut. conservateurs	*Bulletin de l'association mutuelle des conservateurs*
Bull. civ.	*Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*
Bull. Cridon (ville)	*Bulletin du centre de recherches, d'information et de documentation notariales (ville)*
Bull. crim.	*Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation*
Bull. Joly Sociétés	*Bulletin Joly (mensuel d'information des sociétés)*
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cah. Cridon (ville)	*Les Cahiers du centre de recherches, d'information et de documentation notariales (ville)*
Cass. 1re, 2e, 3e civ.	Cour de cassation (1re, 2e ou 3e chambre civile)
Cass. ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. ch. mixte	Cour de cassation, chambre mixte
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle

Cass. req.	Cour de cassation, chambre des requêtes
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
C. assur.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
CDE	*Cahiers de droit de l'entreprise*
CDTD	Code des taxes et droits divers (Belgique)
CE	Communauté européenne
CE	Conseil d'État
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CECEI	Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CEE	Certificat d'économie d'énergie
CEE	Communauté économique européenne
CEEA	Communauté européenne de l'énergie atomique
CESE	Comité économique et social européen
CGI	Code général des impôts
CGPPP	Code général de la propriété des personnes publiques
CIEC	Commission internationale de l'état civil
CIJ	Cour internationale de justice
Circ.	Circulaire
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CMI	Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices
C. monét. fin.	Code monétaire et financier
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'homme
CNUE	Conseil des notariats de l'Union européenne
COJ	Code de l'organisation judiciaire
Comm. UE	Commission de l'Union européenne
Cons. CE	Conseil des Communautés européennes
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Consid.	Considérant
Cons. UE	Conseil de l'Union européenne
Contrats, conc. consom.	*Contrats, concurrence, consommation*
Conv.	Convention
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CPC	Code de procédure civile

CPC ex.	Code des procédures civiles d'exécution
C. pén.	Code pénal
CPJI	Cour permanente de justice internationale
C. santé publ.	Code de la santé publique
CSE	Certificat successoral européen
CSN	Conseil supérieur du notariat
D.	*Recueil Dalloz*
D.	Décret
Defrénois	*Répertoire du notariat Defrénois*
DGFiP	Direction générale des finances publiques
DIP	Droit international privé
Dir.	Directive
DMTG	Droits de mutation à titre gratuit
Doc. COM	Documentation communautaire (Commission européenne)
Doc. fr.	La Documentation française
DP	*Dalloz périodique (jusqu'en 1940)*
Dr. et patrimoine	*Droit et patrimoine*
Dr. famille	*Droit de la famille*
Dr. fisc.	*Droit fiscal*
EEE	Espace économique européen
ETNC	État ou territoire non coopératif
FISE	Fiche d'information standardisée européenne
FMI	Fonds monétaire international
GAFI	Groupe d'action financière
GAJFDIP	*Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*
Gaz. Pal.	*Gazette du Palais*
GPA	Gestation pour autrui
HRUE	Haut représentant de l'Union européenne
IFI	Impôt sur la fortune immobilière
IGREC	Instruction générale relative à l'état civil
IIHN	Institut international d'histoire du notariat
Ind. enr.	*Indicateur de l'enregistrement*
Infra	Ci-dessous
Instr. gén.	Instruction générale
IOBSP	Intermédiaires en opérations de banque et en services de paiement
ISF	Impôt sur la fortune
JCI	Justice Coopération Internationale
JCl.	*JurisClasseur Encyclopédie*
JCP E	*JurisClasseur périodique, édition Entreprise et affaires*
JCP G	*JurisClasseur périodique, édition Générale*

JCP N	*JurisClasseur périodique, édition Notariale et immobilière*
JDI	*Journal de droit international*
JO	*Journal officiel de la République française*
JOAN Q	*Journal officiel de l'Assemblée nationale (Réponses ministérielles à questions écrites)*
JOCE	*Journal officiel des Communautés européennes*
JO Sénat Q	*Journal officiel du Sénat (Réponses ministérielles à questions écrites)*
JOUE	*Journal officiel de l'Union européenne*
L.	Loi
L. const.	Loi constitutionnelle
L. fin.	Loi de finances
L. fin. rect.	Loi de finances rectificatives
LPA	*Les Petites affiches*
LpartG	*Lebenspartnerschaftsgesetz (Loi allemande sur le partenariat enregistré)*
LPF	Livre des procédures fiscales
Mél.	*Mélanges*
MES	Mécanisme européen de stabilité
MSU	Mécanisme de surveillance unique
OACI	Organisation de l'aviation civile internationale
OHADA	Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
ONU	Organisation des Nations unies
OPCVM	Organisme de placements collectif en valeurs mobilières
Ord.	Ordonnance
ORIAS	Organisme pour le registre unique des intermédiaires en assurance, banque et finance
OSTC	Ordonnance sur tentative de conciliation
OTAN	Organisation du traité de l'Atlantique nord
Pacs	Pacte civil de solidarité
PE et Cons. UE	Parlement européen et Conseil de l'Union européenne
PESC	Politique étrangère et de sécurité commune de l'Union européenne
PFNL	Prélèvement forfaitaire non libératoire
PMA	Procréation médicalement assistée
Préc.	Précité
Prot.	Protocole
QE	Question écrite
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
QPPV	Quartiers prioritaires de la politique de la ville
RAE	Revue des affaires européennes
Rapp.	Rapport
Rapp. C. cass.	Rapport annuel de la Cour de cassation

RCADI	*Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*
RD aff. int.	*Revue de droit des affaires internationales*
RD bancaire et fin.	*Revue de droit bancaire et financier*
RDC	*Revue des contrats*
RDLF	*Revue des droits et libertés fondamentaux*
RD imm.	*Revue de droit immobilier*
RDP	*Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*
RD rur.	*Revue de droit rural*
Rec. CE	*Recueil des décisions du Conseil d'État*
Rec. CIJ	*Recueil de la Cour internationale de justice*
Rec. CJCE	*Recueil de la Cour de justice des Communautés européennes*
Rec. TPICE	*Recueil du Tribunal de première instance des Communautés européennes*
Règl.	Règlement
Règl. « EPPE »	Règlement (UE) nº 2016/1104 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 d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés
Rép. Commaille	*Répertoire Commaille*
Rép. dr. int. Dalloz	*Répertoire de droit international Dalloz (Encyclopédie)*
Rép. min.	Réponse ministérielle
Rev. arb.	*Revue de l'arbitrage*
Rev. crit. DIP	*Revue critique de droit international privé*
Rev. jur. env.	*Revue juridique de l'environnement*
Rev. Lamy dr. aff.	*Revue Lamy Droit des affaires*
Rev. Lamy dr. civ.	*Revue Lamy Droit civil*
RFDA	Revue française de droit administratif
RFP	*Revue fiscale du patrimoine*
RGDA	*Revue générale du droit des assurances*
RID comp.	*Revue internationale de droit comparé*
RJDA	*Revue de jurisprudence de droit des affaires*
RJF	*Revue de jurisprudence fiscale*
RJPF	*Revue juridique personnes et famille*
RNE	Réseau notarial européen
RTD civ.	*Revue trimestrielle de droit civil*
RTD com.	*Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*
RTDE	*Revue trimestrielle de droit européen*
S.	*Recueil Sirey*
SCI	Société civile immobilière
SEAE	Service européen pour l'action extérieure
Sent. CCI	Sentence de la Chambre de commerce internationale
SNS	Sceau notarial sécurisé

Sol. Not.	*Solution Notaires*
ss dir.	Sous la direction de
Supra	Ci-dessus
TA	Tribunal administratif
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
T. civ.	Tribunal civil
TEE	Titre exécutoire européen
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de grande instance
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
Tracfin	Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins
Traité CECA	Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier
Traité CEE	Traité instituant la Communauté économique européenne
Traité CEEA	Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique
Travaux comité fr. DIP	Travaux du comité français de droit international privé
Trib. UE	Tribunal de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne
UINL	Union internationale du notariat latin
V.	Voir
V°	Verbo
VEFA	Vente en l'état futur d'achèvement

Marc CAGNIART
Président
du 115e Congrès des notaires de France

Dans le panthéon grec, Dionysos est un dieu à part.

Il erre, il est de partout et de nulle part à la fois, il incarne aussi bien le vagabond que le sédentaire. Dionysos représente la figure de l'autre, de ce qui est différent, déroutant, déconcertant, anomique.

« Le retour de Dionysos chez lui à Thèbes, s'est heurté à l'incompréhension et a suscité le drame aussi longtemps que la cité est demeurée incapable d'établir le lien entre les gens du pays et l'étranger, entre les autochtones et les voyageurs, entre sa volonté d'être toujours la même, de demeurer identique à soi, de se refuser à changer, et, d'autre part, l'étranger, le différent, l'autre. » (1)

Comme bien souvent, la mythologie grecque révèle des thèmes universels et intemporels qu'il nous faut aborder. Il en est ainsi de l'altérité qui se présente comme un défi pour toute société.

Et il m'est apparu, quand il m'a été confié la responsabilité de présider le Congrès de 2019, que ce thème de l'altérité connaissait une vigueur, une ampleur et une actualité, renouvelées et amplifiées au cœur même de l'activité du notaire. Dit autrement, il était temps d'organiser un congrès exclusivement consacré au droit international privé. Cette matière, autrefois élitiste et rare dans les études notariales, est devenue en quelques années une composante de plus en plus fréquente des situations que le notaire doit traiter.

Il n'est pas suffisant d'expliquer ce phénomène par la seule mondialisation. Si cette dernière intervient au niveau global et impose aux États souverains la loi du marché, son intervention se conjugue avec celle de la fondamentalisation du droit qui œuvre au niveau individuel. Tout un chacun peut désormais imposer aux États souverains que soit reconnue sa situation personnelle, même irrégulièrement constituée à l'étranger.

À ce double mouvement de la mondialisation et de fondamentalisation du droit, s'ajoute le développement de la régionalisation du droit. Alors que le droit international privé « classique » édictait des règles neutres de répartition des situations entre les ordres juridiques

(1) Jean-Pierre Vernant, « Dionysos à Thèbes », dans *L'univers, les dieux, les hommes* p. 190.

nationaux, des ensembles dépassant les États produisent des normes juridiques internationales.

Et aujourd'hui, le notaire confronté à une situation internationale n'applique plus uniquement un droit international privé forgé par la jurisprudence et la doctrine au fil des siècles, mais aussi un droit textuel totalement renouvelé en l'espace de 20 ans.

L'évolution de la matière se caractérise par son illisibilité, son manque de cohérence, et son approche fragmentaire des situations.

Il est tentant de s'en plaindre et de regretter le monde d'hier.

N'est-il pas au contraire plus intéressant d'analyser ces bouleversements, de faire le point sur des pratiques adaptées pour répondre au défi de l'altérité, et de livrer une réflexion de nature à influer sur l'avenir ?

C'est l'ambition de l'équipe du Congrès de Bruxelles. Et le rapport que vous tenez entre vos mains vous propose de comprendre ces bouleversements et de maîtriser les pratiques qui en découlent.

Mais ne vous arrêtez pas en si bon chemin ! Poursuivez votre route et rejoignez-nous à Bruxelles du 2 au 5 juin 2019 pour participer à la réflexion sur l'avenir de la pratique notariale du droit international privé.

Vous aurez le plaisir d'y rencontrer cette brillante équipe dont le talent et la passion ne cessent de m'impressionner. Ils sont l'Autre, Dionysos et non Penthée, ils sont prêts à la rencontre de l'autre, pour le plus grand bonheur de leurs clients et de leurs confrères.

Pierre Tarrade
Rapporteur général
du 115e Congrès des notaires de France

1. – Bologne, à la fin du XIIe siècle. Dans la première université du monde, les savants juristes du temps, les glossateurs, s'interrogent sur le sujet suivant : si le cas d'un Bolonais de passage à Modène venait à être examiné par un juge de cette ville, ne devrait-il pas être jugé selon les *statuts* (les lois) de Bologne, plutôt que selon ceux de Modène (1) ?

Pour comprendre l'enjeu de cette question, il faut se rappeler la situation politique et juridique de l'Italie centrale et du Nord à l'époque : les municipalités y ont développé une certaine autonomie par rapport aux autorités du Pape comme de l'Empereur germanique. Elles se sont toutes dotées de statuts, ces corps de règles de droit qui sont la manifestation la plus concrète du pouvoir qu'elles ont conquis (2). D'où la tentation forte de ce qui a pu être appelé un *nationalisme juridique* (3) *:* chaque municipalité devrait normalement jalousement veiller à l'application de ses propres statuts, quitte à les imposer à tout individu se trouvant sur leur territoire.

Pourtant, la doctrine penche, sans d'ailleurs toujours s'accorder sur la justification de la solution, pour ne pas appliquer les statuts de Modène au ressortissant bolonais : cette remarquable ouverture est généralement considérée comme la première théorie des conflits de lois, et donc du droit international privé. De fait, si le juge de Modène n'appliquait que sa loi, la loi du *for*, il n'y aurait pas de conflit de loi. Celui-ci n'existe qu'à partir du moment où le juge envisage d'appliquer une autre loi que la sienne. Il faudra alors déterminer à quelles conditions : ce seront les règles de conflits.

C'était la naissance du droit international privé.

Pourquoi cette solution a-t-elle été retenue ? Les justifications juridiques ne manquent pas, bien au contraire, pour alimenter la réflexion des anciens auteurs (4). Mais une raison très concrète est à n'en pas douter à l'origine de l'acceptation par les municipalités jalouses de

(1) Il s'agit de la célèbre glose de Carolus de Tocco (†1200) : « Quod si Bononiensis conveniatur Mutinae, non debet secundum statuta Mutinae judicari, quibus non subest ».
(2) Bertrand Ancel, *Éléments d'histoire du droit international privé*, Éditions Panthéon-Assas, 2017.
(3) Jean-Louis Halpérin, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF, 1999, p. 11 à 14. L'expression y est toutefois employée pour une période plus récente.
(4) Bertrand Ancel, *op. cit.*, p. 121 et s.

leur *potestas statuendi*, leur pouvoir législatif : ces villes où le pouvoir est exercé par une classe bourgeoise commerçante ne peuvent pas ne pas privilégier une solution permettant la circulation des biens et des personnes en toute sécurité juridique. Or quelle serait la sécurité juridique d'un commerçant qui se trouverait soumis, lui-même ou les contrats qu'il a passés, à des lois différentes selon qu'il se trouverait sur le territoire d'une municipalité ou d'une autre ? D'autant que la question est ici posée dans un espace particulièrement morcelé : par exemple, il n'y a pas cinquante kilomètres entre Bologne et Modène... les changements de lois seraient incessants !

2. – Il est remarquable que ce soit à la même époque, la fin du XII^e^ siècle, et au même endroit, l'Italie du Nord, que les commerçants – toujours eux – aient recherché, toujours dans un souci de sécurité juridique, à donner aux contrats qu'ils passaient la force d'un jugement.

C'est ce souci qui les avait conduits à simuler des contentieux pour obtenir du juge des décisions conformes à leurs accords, premiers pas vers la notion de juridiction gracieuse qui devait trouver sa première consécration dans la fameuse décrétale d'Alexandre III en 1167-1169 (5) : par ce texte le Pape reconnaissait pour la première fois aux actes des notaires, la force des jugements.

C'était la naissance de l'acte authentique.

3. – Droit international privé et notariat seraient donc nés au même endroit, au même moment, pour la même raison : la recherche par les commerçants de l'Italie centrale et du Nord au Moyen-âge, d'une sécurité juridique à l'épreuve de leurs pérégrinations dans un espace juridique morcelé.

Pour dire les choses autrement, dès ses premiers pas dans l'Histoire, le notariat était marqué par ce trait qui n'est pas toujours assez connu, mais qui est aujourd'hui plus vrai que jamais : de toutes les professions juridiques, la profession notariale est celle qui est la plus tournée vers l'international.

Le magistrat ou l'avocat connaissent bien entendu des situations impliquant des éléments d'extranéité. Mais lorsqu'un juge rend une décision, il la rend d'abord pour l'ordre juridique qui l'en a chargé. Seul le notaire, en recevant par exemple une procuration, est amené à produire des actes qui dès l'origine sont conçus pour n'avoir d'effets qu'à l'étranger.

De fait, la signature du notaire, et le sceau qu'il appose, sont particulièrement rassurants lorsque l'acte traverse les frontières. On pourrait même dire que plus la distance est grande, plus se fait sentir le besoin de s'assurer de l'exactitude du document, de l'identité de son signataire, de la véracité de la signature qu'il comporte, etc. C'est ainsi que Georges Droz explique le succès de l'institution du *notary public* dans les grands espaces américains (6) où le droit continental est pourtant très exotique.

L'institution notariale est si intimement liée à l'activité internationale que là où elle n'est pas censée exister, il a fallu la réinventer pour traverser les frontières : il en va ainsi de ces curieux notaires anglais, notaires écrivains ou notaires publics, nommés par l'archevêque de Canterbury pour établir les actes créant ou affectant exclusivement des droits ou obligations en dehors du Royaume (7).

(5) « *L'Authenticité - Droit, histoire, philosophie* », sous la direction de Laurent Aynès, La Documentation française, 2013, n° 16 et s.

(6) Georges Droz, Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye, tome 280, cours sur « *L'activité notariale internationale* », n° 22.

(7) Georges Droz, *op. cit.*, n° 19-20.

4. – Cette proximité entre le droit international privé et l'institution notariale est à n'en pas douter due depuis toujours à une convergence de culture et de méthode. Mais elle se trouve probablement renforcée aujourd'hui, où il faut affronter les défis d'un monde en mutations. Ce sont les deux aspects qui voudraient être évoqués ici, avant de comprendre les enjeux du présent ouvrage.

I. Droit international privé et notariat : une convergence de culture et de méthode

5. – Georges Droz, pour expliquer l'importance de la fonction notariale dans la pratique du droit international privé, passe par ce qui fait la spécificité du notaire : il s'agit d'un officier public tout autant que du conseil des parties (8).

Cette position unique du notaire fait de lui un *for* : comme le juge, il doit identifier les éléments d'extranéité donnant lieu à conflit de lois, et il doit les trancher. Comme officier public, le notaire est tenu d'appliquer la loi, et cela, dès le stade du conseil. Il ne peut faire l'économie de la réflexion conflictuelle quand elle se présente : il est l'instance à laquelle il revient d'appliquer la loi, que cette loi soit la règle de conflit, la loi matérielle qui sera désignée par elle (fût-elle différente de celle du *for*). C'est enfin à lui qu'il appartient d'apporter les corrections à la méthode conflictuelle, au nom de l'ordre public international ou de l'application des lois de police.

Or cette fonction du notaire, au cœur de l'application quotidienne du droit international privé, se pratique dans une grande convergence de méthode, mais aussi de culture.

6. – Le droit international privé est avant tout une méthode : celle des conflits de lois, ou plutôt de leur résolution. Il s'agit de qualifier les situations, pour en déduire un rattachement.

L'application de cette méthode, qui donne son sous-titre au 115e Congrès, est donc confiée au notaire, à qui il revient d'authentifier : c'est le troisième terme du sous-titre.

Au-delà de l'aspect mécanique de la formule, *« qualifier pour rattacher »*, il y a bien un état d'esprit, une culture : il s'agit d'accepter l'accueil, par un ordre juridique, de situations, voire de liens d'obligations, nés dans un autre ordre juridique. École de tolérance, mais aussi de pragmatisme.

Car il faut savoir adapter, ou s'adapter ; passer outre les différences ou les nuances pour se concentrer sur le résultat attendu.

Un état d'esprit qui, à la réflexion, correspond assez à la pratique notariale : le notaire, qui ne peut refuser d'instrumenter mais qui est astreint à une obligation d'efficacité de ses actes, est rompu à l'exercice qui consiste à trouver les voies, légales, qui parviendront au résultat recherché. Et qui y parviendront en étant bien reçues par les parties à l'acte : le meilleur garant de la sécurité juridique étant l'équilibre de la solution, et l'adhésion des parties.

7. – Le notaire est bien sur un terrain familier lorsque l'on évoque cette méthode et la manière de l'aborder : elles rejoignent en tout point la culture notariale.

Il faut avoir à l'esprit les trois caractéristiques du ministère du notaire que sont **l'obligation d'instrumenter**, **l'obligation de rédiger des actes efficaces** et, dans le prolongement du souci d'efficacité, le devoir d'information et de conseil que l'on pourrait résumer par la nécessaire mise en œuvre d'une **pédagogie** à l'égard de ses clients.

On l'a vu, l'obligation d'instrumenter et l'obligation de rédiger des actes efficaces sont le fait de l'officier public. Elles constituent un véritable défi en matière internationale car non seulement, on l'a dit (V. *supra* **5**), elles interdisent au notaire d'éluder le conflit de lois, mais

(8) Georges Droz, *op. cit.*, ch. II.

elles lui demandent de faire un effort d'adaptation supplémentaire : un effort de souplesse. Comment faire entrer dans les catégories d'un système juridique les situations ou les constructions issues d'un autre monde ?

Il faut d'abord analyser, disséquer, chercher à comprendre la situation étrangère. Mais il faut aussi, et c'est l'un des grands intérêts de la pratique du droit international privé, revenir sur sa propre règle, l'analyser à nouveau, mais avec l'œil du droit étranger : *qu'est-ce qui, dans mon droit, correspond le mieux au droit étranger ?*

Littéralement, cet exercice nécessite de se mettre à la place de l'autre. C'est le seul moyen de permettre une qualification exacte, un rattachement pertinent, une solution – au prix parfois d'une certaine adaptation et assurément d'un pragmatisme certain – qui soit respectueuse des deux systèmes juridiques en présence.

8. – Il revient ensuite au notaire, parce que c'est sa mission, d'expliquer la solution à ses clients. Que ce soit dans l'exercice de rédaction de l'acte ou dans celui du conseil, le notaire est un pédagogue. La pédagogie, n'est-ce pas là aussi l'art de se mettre à la place de l'autre pour identifier la meilleure façon d'amener son interlocuteur à une bonne compréhension ? C'est ce que fait le notaire au quotidien dans son étude, lorsqu'il explique un acte ou lorsqu'il préconise une solution à ses clients. Parce que, encore une fois, une solution bien comprise est une solution acceptée : elle n'en sera que plus efficace. C'est un des aspects majeurs de la culture notariale.

D'autant que la présence d'un conflit de lois, et souvent d'un possible conflit de juridictions, vient fragiliser l'efficacité de l'acte ou du conseil du notaire : celui-ci est tributaire d'un raisonnement conflictuel qui est celui du droit international privé applicable en France. Il doit conserver à l'esprit que d'autres juristes auront peut-être à connaître du même dossier, en appliquant d'autres règles de conflit que les siennes. Raison de plus pour se mettre à la place des autres, anticiper ces lectures divergentes, et faire accepter aux clients des solutions pragmatiques : résoudre les conflits de loi, c'est plus que jamais anticiper, et prévenir les conflits tout court, ce qui est la raison d'être de l'institution notariale.

9. – Il faut le souligner ici : la pratique du droit international privé – par sa méthode et par cette nécessité de se mettre à la place de l'autre, pour le comprendre mais aussi pour saisir la façon dont il vous comprend – est un exercice particulièrement stimulant. Mieux connaître l'autre, c'est aussi mieux se connaître soi-même, ce qui pour le notaire serait le début de la sagesse (9) !

Mais ce constat de la proximité, voire de l'essentialité du droit international privé par rapport à la fonction notariale ne suffit plus : l'évolution de la discipline, et la marche du Monde, demandent une nouvelle analyse.

II. Notariat et droit international privé : les défis des évolutions récentes

10. – La belle symbiose entre droit international privé et pratique notariale que les lignes qui précèdent veulent dépeindre doit faire face aux défis des mutations auxquelles la discipline, comme la société (et donc les besoins des clients) ont été soumises récemment.

Les mutations en cours conduiraient d'ailleurs, selon le professeur Yves Lequette, à un véritable changement de paradigme (10). Sans entrer dans les très riches développements auxquels se livre cet auteur, le présent rapport s'en tiendra aux constats que les notaires peuvent plus simplement faire eux-mêmes dans leur pratique du droit international.

(9) Selon la devise socratique « Γνῶθι σεαυτόν», « Connais-toi toi-même », gravée au sanctuaire de Delphes présente dans les dialogues de Platon : « *Charmide* », « *Philèbe* » et le « *Premier Alcibiade* ».

(10) Yves Lequette, *Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ?*

Si l'on s'en tient au point de vue notarial, justement, il faut relever un phénomène : selon les statistiques, l'âge moyen des notaires de France est de quarante-sept ans (11). Or un juriste quadragénaire a appris au cours de ses études un droit international privé très différent de celui qu'il pratique aujourd'hui. Deux transformations majeures se sont produites, qui affectent les sources du DIP et sa sociologie. Comment la relation privilégiée du notariat et du droit international privé va-t-elle en être marquée ?

A - Les transformations du droit international privé : d'un droit d'origine nationale et jurisprudentiel à un droit d'origine communautaire et écrit

11. – Le notaire aujourd'hui quadragénaire, lorsqu'il était étudiant, a appris à connaître un DIP à la fois très peu international et très jurisprudentiel.

Très peu international, parce que le droit international privé d'alors trouvait sa source dans le Code civil, quelques conventions, et surtout dans l'abondante jurisprudence qui faisait du *Recueil des Grands arrêts* (12), le livre de chevet de l'étudiant. C'était alors la jurisprudence de la Cour de cassation.

Or le lecteur du présent rapport ne tardera pas à rencontrer, outre les conventions de la Haye, les nombreux règlements européens qui sont venus organiser pour les États membres des règles de conflits communes. Les conversations entre spécialistes du DIP ont assurément changé d'aspect : là où fusaient les noms propres tirés de la jurisprudence (*Bauffremont*, *Labedan*, *Lizardi*, *Bisbal* et autres *Bachir*) se rencontrent maintenant, par exemple, des *Rome I* (13) ou des *Bruxelles II bis* (14) sans doute tout aussi ésotériques et intimidants, il faut bien le reconnaître, pour le non-averti...

À l'évidence pourtant, il ne s'agit pas que d'un changement esthétique : le droit international privé nouveau, de plus en plus, trouve sa source dans le droit de l'Union européenne. Les dernières innovations en la matière en sont une manifestation éclatante, et touchent de près l'activité des notaires. Il s'agit tout d'abord du règlement sur les successions (15) entré en vigueur le 17 août 2015, ou, plus récemment encore, des deux règlements applicables aux régimes matrimoniaux (16) et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés (17), entrés en vigueur le 29 janvier 2019.

Chaque notaire le sait bien, qui doit appliquer ces textes au quotidien : c'est dans ces règlements européens que se trouve aujourd'hui la règle de conflit française. Il ne faut pas s'y tromper : les règlements sont des instruments à portée universelle. Cela signifie qu'ils s'appliquent même dans les rapports avec des États tiers.

12. – La nouvelle règle de conflit n'est donc plus nationale mais bien internationale puisqu'elle émane de plus en plus souvent, et pour des champs d'application de plus en

(11) Source : *Rapport annuel du Notariat 2017*.
(12) Bertrand Ancel et Yves Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, Sirey.
(13) Règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008, dit « Rome I », *sur la loi applicable aux obligations contractuelles.*
(14) Règlement (CE) n° 2201/2003 du 27 nov. 2003, dit « Bruxelles II *bis* », *relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000.*
(15) Règlement (CE) n° 650/2012 du 4 juill. 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.*
(16) Règlement (CE) n° 2016/1103 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.*
(17) Règlement (CE) n° 2016/1104 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 d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.*

plus nombreux, du droit de l'Union européenne. Mais surtout, elle relève désormais d'un **droit écrit**.

C'est une grande différence particulièrement, on le verra (V. *infra* **15**) pour le notaire qui doit l'appliquer sans perdre de vue l'obligation qu'il a de rédiger des actes efficaces : un droit jurisprudentiel a, à cet égard, le défaut d'être imprécis. Mais il a aussi l'avantage d'une souplesse, celle de la marge d'appréciation des situations, que la formulation écrite de la règle, nécessairement, rigidifie. Ce qui rend parfois plus délicat encore l'exercice d'adaptation imposé par l'accueil de règles ou de situations d'origine étrangère (V. *supra* **6**).

B - Un nouveau contexte sociologique

13. – À côté de ces transformations techniques, le notaire est confronté, dans sa pratique, à un autre type de mutation : au gré de la globalisation, les situations d'extranéité se multiplient. Elles ne touchent plus du tout le même type de clientèle que par le passé. Plus exactement, à la différence du passé, elles ne sont plus réservées à une catégorie de personnes ; elles se sont absolument généralisées.

Le notaire quadragénaire peut songer avec nostalgie aux cours qui lui étaient dispensés dans sa jeunesse. Il n'y était question que d'une princesse qui traversa l'Europe pour mieux pouvoir quitter son mari et en épouser un autre (18), de grands aristocrates russes spoliés par le régime soviétique (19), d'hommes d'affaires aux carrières et aux implantations multinationales... Parlait-on d'une famille se disputant sur les clauses d'un testament et les conditions d'un partage ? Il s'agissait alors des membres de l'ancienne famille royale, se disputant rien moins que le château de Chambord (20) !

On pouvait aussi croiser les plus grands noms du grand écran (21), et lorsque la question se posait de la capacité juridique d'un jeune Mexicain (22), c'est que celui-ci avait émis des lettres de change pour acheter des bijoux place Vendôme...

14. – Les cas auxquels le même notaire est aujourd'hui confronté quotidiennement dans son office ne le font plus rêver : c'est tout un chacun qui peut être concerné. Il y a, bien sûr, la présence d'une partie de la population, immigrée ou issue de l'immigration, qui a conservé des liens avec son pays d'origine, d'autant plus facilement que les voyages et généralement les moyens de communications sont plus aisés. Il y a aussi et peut-être surtout, justement parce que circuler est plus facile que jamais, la dispersion des familles : les plus jeunes qui partent étudier à l'étranger, les « mariages Erasmus », les professionnels en expatriation, les retraités à la recherche du soleil et d'un autre style de vie...

C - Face à cette double évolution : la place particulière du notaire

15. – Si l'on croise les deux évolutions qui viennent d'être décrites, que découvre-t-on ? Que la pratique du droit international privé, nécessairement, a changé. Et ce changement, le notaire est tout particulièrement bien placé pour le constater.

Si l'on résume : la pratique internationale d'hier consistait à appliquer un droit jurisprudentiel à des cas impliquant une clientèle aisée. La situation pouvait convenir : les questions posées n'étaient peut-être pas si fréquentes et, en toute hypothèse, les enjeux pécuniers justifiaient que des juristes pussent prendre le temps de spéculer sur la solution la mieux

(18) Cass. civ., 18 mars 1878, *Princesse de Bauffremont c. Prince de Bauffremont*, S. 1878, 1, 193, note Labbé.
(19) Cass. 1re civ., 3 mai 1973, *Stroganoff-Scherbatoff c. Bensimon et autres*, Rev. crit., 1975, 426, note Y. Lequette.
(20) Cass. 1re civ., 13 avr. 1932, *Consorts de Bourbon-Parme c. Elide de Bourbon-Parme*, D.P. 1932, 1, 89, concl. Matter, note Basdevant ; S. 1932, 1, 361, note Audinet.
(21) Cass. 1re civ., 28 mai 1963, *Société des Films Richebé c. Société Roy Export et Charlie Chaplin*, JCP 1963, II, 13347, note Malaurie.
(22) Cass. req., 16 janv. 1861, *Lizardi c. Chaize et autres*, D.P. 1861, 1, 193 ; S. 1861, 1, 305, note Massé.

adaptée. Le DIP était alors un droit savant, dit-on (23). Un luxe que l'on pouvait se permettre...

De son côté le notaire, astreint à une obligation d'efficacité pour ses actes, ne pouvait pas trouver ce droit spéculatif bien confortable. La sécurité juridique, l'efficacité, le confort même du notaire dans l'exercice de ses fonctions, se conjuguent mieux avec un droit écrit, un droit par conséquent plus sûr.

Il faut le rappeler encore : l'exercice professionnel du notaire est marqué par **l'obligation d'instrumenter** et celle de **rédiger des actes efficaces**. À la différence de l'avocat, qui peut refuser un dossier et qui, quand il plaide, a pour horizon légitime l'intérêt de son client ; à la différence de l'universitaire, qui peut lui aussi choisir son thème de recherche et qui, quand il se penche dessus, n'est pas *obligé* de trouver la solution, le notaire, lui, *doit* trancher. Et trancher *comme il faut* : à la différence, cette fois, du magistrat, le notaire peut voir sa responsabilité engagée s'il se trompe. En un sens, il n'a pas droit à l'erreur.

Même si le droit écrit est un droit rigide, moins docile aux adaptations qu'il faut inévitablement accepter en matière internationale (V. *supra* **6**), il ne peut que rassurer le notaire et mieux convenir à sa pratique. D'autant qu'il s'adapte mieux également aux exigences de la clientèle.

16. – Aujourd'hui en effet, le DIP est le droit de tout le monde : de l'homme d'affaires, toujours, mais aussi de la famille issue de la classe moyenne, ou de celle qui vit dans une banlieue défavorisée.

Les dossiers impliquant un élément d'extranéité s'étant banalisés, le rythme n'est plus le même : là où, hier, le droit savant qu'était de droit international privé acceptait que l'on prît le temps de la réflexion et de l'analyse fine, il faut aujourd'hui que le notaire tranche quotidiennement des conflits de lois. Il faut des solutions, et il faut des solutions vite, au rythme des dossiers « normaux ». Après l'âge de la résolution des conflits de lois sur-mesure, le notariat est passé à l'ère industrielle...

Sur cet aspect aussi, l'avènement d'un droit écrit, codifié, est une heureuse circonstance, bien mieux adaptée aux réalités actuelles de la pratique qu'un droit trop spéculatif et incertain.

17. – Dans ce contexte nouveau, le notaire ne doit toutefois pas se reposer sur l'apparent confort que lui donne un droit écrit par nature mieux adapté aux besoins de sa pratique actuelle. Au contraire, il doit mesurer les défis nouveaux qui lui sont proposés, sur le plan de la **pédagogie** cette fois.

Car qui dit droit nouveau, dit devoir d'information accru. Avec la multiplication des règles de conflits ayant pour origine le droit de l'Union européenne, le notaire se trouve investi d'une fonction nouvelle : celle de faire entrer dans les mœurs, en les faisant entrer d'abord dans sa pratique, des solutions nouvelles. Il doit informer sa clientèle des innovations rendues possibles par l'intégration dans l'ordre juridique français de concepts nouveaux.

Il doit aussi savoir conseiller utilement sa clientèle pour la diriger vers les outils nouveaux dont il peut désormais disposer. Car c'est un trait particulier du nouveau droit international privé issu des règlements européens : s'il est rigidifié par la codification, il offre également nombre d'occasions aux parties d'exprimer leur liberté de choix. Ce n'est pas tout à fait nouveau en matière contractuelle (V. *infra* **4041**), ce l'est davantage en droit de la famille avec la *professio juris* (V. *infra* **2090**). L'importance accrue de l'autonomie de la volonté est

(23) Bernard Haftel, *Droit international privé*, Dalloz, 2018, n° 16.

d'ailleurs l'un des points saillants du nouveau droit international privé identifié par la doctrine (24).

Il faut que les notaires s'emparent de cette liberté pour mieux conseiller leurs clients et leur proposer les clauses les mieux adaptées à leur situation. De nouvelles pratiques, assurément, sont à créer.

18. – De nouveaux moyens aussi : car l'augmentation du nombre de cas d'extranéité d'une part, et d'autre part les nouvelles règles de conflits inspirées par le droit de l'Union européenne (on pense particulièrement ici au règlement sur les successions), conduiront de plus en plus souvent le notaire à devoir appliquer dans ses dossiers un droit matériel étranger. Un droit qu'il lui faudra connaître ou, plus exactement, qui devra lui être accessible.

Plus que jamais, la nécessité de tisser des liens entre notariats – et entre notaires – s'impose afin de permettre à la connaissance de circuler.

Le notaire ne peut pas envisager de partir seul sur les chemins internationaux du droit.

III. Présentation de l'ouvrage

19. – Parce que le nouveau droit international privé l'y conduit, le notaire doit aujourd'hui envisager de partir à la découverte du vaste monde : accueillir ses clients présentant un élément d'extranéité, les accompagner dans leurs opérations à l'étranger voire, cela vient d'être dit, appliquer la loi matérielle étrangère désignée par la règle de conflit applicable.

Le présent rapport a été conçu pour assister le notaire dans ce voyage passionnant : il ne faut pas partir sans un guide !

Bien entendu, un guide, il en existe déjà un que tous les notaires connaissent parfaitement : il en est d'ailleurs à sa neuvième édition (25). Madame Revillard a depuis longtemps accompagné les notaires, qui ne lui en seront jamais assez reconnaissants, sur les sentiers du droit international privé. Son ouvrage reste la référence.

Pour autant, à côté « du » *Revillard*, le rapport du 115e Congrès des notaires trouvera sa place et sa légitimité pour accompagner lui aussi le notaire sur ces mêmes chemins : celles des praticiens qui l'ont rédigé.

C'est une question, littéralement, de point de vue. À qui n'est-il jamais arrivé de faire cette expérience : parcourir pour une fois un chemin qu'il connaît par cœur, mais en sens inverse du sens habituel, et de réaliser alors qu'il découvre des aspects du paysage qu'il n'avait jamais remarqués, ou bien qu'il n'avait jamais *vus comme cela* ?

C'est l'exercice auquel l'équipe du 115e Congrès des notaires invite son lecteur : à parcourir les chemins de l'International non pas du point de vue de la doctrine – même de la meilleure – qui s'adresse aux praticiens, mais du point de vue de la pratique qui observe la science juridique.

C'est donc à partir du notaire lui-même qu'est bâti le plan de l'ouvrage : ce plan correspond à la démarche du notaire qui, conscient de l'internationalisation de sa pratique et, parfois, du nécessaire *aggiornamento* de ses connaissances, s'apprête à partir sur les chemins du nouveau droit international privé.

A - Première commission : S'orienter - Le notaire dans un contexte international

20. – Puisqu'il est question de partir en voyage, la première chose à faire en pareille circonstance est de faire le point : c'est la mission dévolue à la première commission, qui

(24) Cyril Nourissat, *De quelques rattachements en droit international privé communautaire*, dans Le monde du droit, écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer, 2008, Economica, p. 731 et s., également cité par Yves Lequette, *op. cit.*, en particulier no 12.

(25) Mariel Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 2018.

commence par rappeler les bases, la méthode – puisque le droit international privé est avant tout une méthode – qui sera ensuite appliquée dans le reste de l'ouvrage. Pour filer une autre métaphore, il s'agit de s'assurer que l'on maîtrise bien le vocabulaire et la grammaire, avant de se lancer dans l'exercice de conjugaison qui suivra. L'élément d'extranéité, les exercices de qualification et de rattachement, les conflits de lois et de juridictions et leurs méthodes de solution : tels sont les outils dont il faut s'assurer la possession avant de partir.

Fort de ce premier bagage, il faut encore vérifier les sources auxquelles on pourra s'approvisionner : aux sources traditionnelles, le notaire n'omettra d'ailleurs pas d'ajouter la pratique notariale, appelée à se développer, comme on l'a vu (V. *supra* **17**).

Dans ce contexte, et compte tenu de sa part croissante dans la fabrication de la norme, singulièrement en matière de conflits de lois, il a paru utile de faire le point, également, sur le fonctionnement du droit de l'Union européenne.

Enfin, parce qu'encore une fois il n'est plus toujours possible de voyager seul, le notaire doit pouvoir compter sur ses confrères : l'action internationale de la profession devait évidemment être évoquée, d'abord parce qu'elle permet au notaire de se situer dans le vaste monde, à l'intérieur d'un système juridique, le droit continental, parfois attaqué, mais qui sait se défendre. Ensuite, cette même action est le moyen pour le notaire d'accéder à des outils, voire à des réseaux, du plus grand intérêt pour l'aider au quotidien.

B - Deuxième commission : Rédiger - L'acte notarié français dans un contexte international

21. – Une fois paré pour partir sur les routes du droit international privé, sachant d'où il vient et où il va, le notaire peut travailler, et donc rédiger, élaborer un acte authentique.

La deuxième commission commence donc par cela : définir l'authenticité dans le contexte international, en particulier au regard du droit de l'Union européenne et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Or définir l'authenticité c'est évidemment, on y revient, conclure que l'activité du notaire est double : elle consiste bien sûr à rédiger un acte, mais cet exercice est indissociable de l'information et du conseil dus au client.

Quel est, dès lors, l'impact de l'élément d'extranéité qui peut exister dans un dossier, sur la pratique quotidienne du notaire ?

En quoi doit-il adapter sa rédaction de l'acte et, bien sûr, en quoi doit-il adapter son conseil ?

Sur la rédaction de l'acte, la méthode retenue est simple, mais efficace : en déroulant le plan d'un acte à partir de sa date, puis de la comparution des parties (avec notamment les questions que posent les vérifications de l'identité, de la capacité, du consentement d'une personne étrangère, ce qui implique la langue), etc., cette commission soulève mille sujets on ne peut plus pratiques.

Vient ensuite la question de la circulation de l'acte, car rédiger un acte comportant un élément d'extranéité implique que l'on s'interroge sur sa réception là où il devra produire ses effets.

Cas particulier, mais particulièrement important : il convient au notaire qui rédige un acte ou préconise une organisation patrimoniale de penser aux conséquences fiscales *à l'étranger* et d'adapter sa pratique en conséquence.

C'est un point très sensible qui touche à la fois l'efficacité de l'acte et le devoir de conseil : il était important que la deuxième commission se penche, de la façon la plus exhaustive possible, sur les enjeux fiscaux.

C - Troisième commission : Vivre - La famille dans un contexte international

22. – Une fois que le notaire a fait le point sur la méthode et les sources du droit international privé, et qu'il a appris à adapter sa pratique à l'univers particulier de l'International, il est prêt à aborder le fond de ses dossiers.

La troisième commission commence, avec le premier des deux grands pôles traditionnels de l'activité notariale : le droit de la famille ou du moins, ceux des thèmes du droit de la famille qui touchent à la profession.

Dans un ordre chronologique, pourrait-on dire, la troisième commission explore donc le droit international privé en commençant par la naissance (la filiation), les unions (dans leur plus grande diversité : le monde est, de ce point de vue, riche en institutions variées plus ou moins reconnues), les régimes matrimoniaux, le divorce et la succession.

Cette exploration est conçue pour donner au notaire qui la suit une méthode pour résoudre les cas qui peuvent se présenter à lui, résolument sous l'angle pratique.

Ce souci pratique qui se manifeste par une dernière partie, comme un retour d'expérience, en forme de catalogue des pièges et faux amis à éviter en matière de conseil patrimonial.

D - Quatrième commission : Contracter - Acquérir et financer dans un contexte international

23. – C'est la même approche qui est retenue par la quatrième commission pour explorer le droit des contrats et, naturellement, le plus notarial d'entre eux : la vente immobilière.

C'est l'occasion d'envisager le développement du conseil par le notaire pour accompagner tant l'Étranger qui procèderait à une vente ou une acquisition en France que, pourquoi pas, le Français qui n'envisagerait pas d'investir à l'Étranger sans le consulter.

Dans le prolongement de la vente immobilière, le crédit requérait l'attention de la quatrième commission, tant cette activité connaît de développements à l'international.

Enfin, tout naturellement, se pose la question de l'exécution des contrats et, tout spécialement, du traitement par la publicité foncière des actes ou situations comportant un élément d'extranéité.

24. – Ainsi armé, il ne reste plus qu'à souhaiter au lecteur du présent rapport écrit sur, par et pour des notaires, un beau voyage à travers les merveilleux continents du droit international privé.

Remerciements. - L'équipe du 115e Congrès des notaires tient à remercier particulièrement les personnes qui ont contribué activement, à ses côtés, à la rédaction du présent rapport :

Madame Mariel Revillard, Monsieur le président Jean-Paul Decorps, Monsieur le professeur Georges Khairallah, Maître Alice Meier, Maître Richard Crône, Madame Marjorie Devisme, Monsieur Pierre-François Cuif, Madame Gaëlle Sampietro.

S'ORIENTER : Le notaire dans un contexte international

Présidente :
Caroline GINGLINGER-POYARD
Notaire à Saint-Quentin-Fallavier

Rapporteur :
Marianne SEVINDIK
Notaire à Rouen

PREMIÈRE PARTIE

Les grands principes du droit international privé

TITRE I

Le cadre du droit international privé

Le droit international privé fixe les règles relatives, d'une part, aux relations entre personnes ressortissant d'États différents et, d'autre part, aux personnes régies par des législations d'États distincts. Il est important, dans un premier temps, de définir le droit international privé **(Sous-titre I)**, avant de passer aux phases de qualification et de rattachement **(Sous-titre II)**. **1001**

SOUS-TITRE I

Quand le droit privé devient international

Avant d'évoquer les règles du droit international privé, il est nécessaire de définir ce que l'on entend par ce terme. **1002**

Le droit privé (sans être international) est le droit commun d'une nation. Montesquieu le définit comme « les lois dans le rapport que tous les citoyens ont entre eux » (1). Il définit également le droit politique qui vise « des lois dans le rapport qu'ont ceux qui gouvernent avec ceux qui sont gouvernés ». Surtout, il considère que notre planète est habitée par différents peuples et que des lois existent dans le rapport que ces peuples ont entre eux : c'est le droit des gens. « Le droit des gens est naturellement fondé sur ce principe, que les diverses nations doivent se faire, dans la paix, le plus de bien, et, dans la guerre, le moins de mal qu'il est possible, sans nuire à leurs véritables intérêts. »

Le droit international privé est l'ensemble des règles applicables aux personnes privées dans leurs relations internationales, qui peuvent faire apparaître des prétentions concurrentes de plusieurs lois ou de plusieurs juridictions.

Le droit international privé doit être distingué du droit international public qui intéresse les rapports entre les États souverains, qui signent des traités ou mettent en place des organisations internationales. Il existe cependant des interactions entre ces deux droits, mais il faut noter que cette distinction est connue du droit français et absente dans d'autres systèmes juridiques (2). **1003**

Le droit international privé doit être distingué du droit comparé qui est une discipline juridique permettant une meilleure compréhension des différents systèmes de droit par leur comparaison et l'appréhension de leurs fondements historiques et culturels. Chacun comprendra que le droit international privé a donc un autre objet : déterminer un juge, identifier la loi. En revanche, le droit comparé pourra être utile lors de la détermination de la loi à raison de son contenu.

(1) Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre I, Chapitre 3.
(2) Sur cette question : H. Muir Watt, *Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (vers la publicisation des conflits de lois) : Arch. phil. dr.* 1997, t. 41, p. 207.

De même, le droit international privé ne traite pas de la fiscalité internationale. Pour autant, le notaire ne peut pas ignorer cette matière et la deuxième commission reviendra longuement sur le sujet.

CHAPITRE I Les prémices du droit international privé

1004 Chaque État est souverain et indépendant dans les limites de ses frontières. Les ordres juridiques nationaux coexistent. Lorsqu'une situation juridique présente des liens entre plusieurs États, il est nécessaire de déterminer quel système juridictionnel sera compétent : c'est la question des conflits de juridictions ; il faut également définir quelle loi devra être appliquée : c'est la question des conflits de lois.

La conception du droit international privé dominante en France (3) implique l'étude de ces deux aspects : les conflits de lois, les conflits de juridictions qui comprennent aussi bien la détermination de la compétence internationale du juge français – la compétence directe – que la question de la reconnaissance et de l'exécution en France des actes et des jugements étrangers – la compétence indirecte.

Il n'est cependant pas inutile, pour comprendre la mécanique actuelle du droit international privé, d'observer l'évolution historique de la discipline.

Section I L'Antiquité, la négation du fait international

1005 Pendant l'Antiquité, l'étranger n'était pas considéré comme un sujet de droit et les lois de la Cité ne lui étaient pas applicables. Petit à petit, il a été nécessaire de procéder à des aménagements. À Athènes, l'étranger a été placé sous la protection d'un citoyen, appelé le proxène, chargé de faciliter le séjour des étrangers dans une cité.

Cette méthode a également été retenue à l'époque féodale où l'étranger devait faire acte de soumission au seigneur local et ainsi se trouver régi par les coutumes locales. Elle résonne encore aujourd'hui avec le principe des lois de police (4), d'application immédiate devant le juge du *for*.

Section II La diversité des solutions

1006 Les relations privées internationales ont ensuite fait l'objet d'une réglementation spécifique. Des règles matérielles internationales ont été mises en place. Ces règles donnent directement une règle applicable. Elles tranchent directement le fond du droit.

Ces règles sont apparues à l'époque romaine. Un droit appelé le *jus gentium* a été spécialement créé pour les relations entre les citoyens de Rome et les étrangers vivants à Rome, nommés « pérégrins », par opposition au « jus civile », applicable aux seuls citoyens romains. Il s'agissait de règles communes, universelles, que l'on pouvait appliquer aux

(3) On observera que certains auteurs y ajoutent la condition des étrangers et le droit de la nationalité. V. par ex. : F. Monéger, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 8e éd.

(4) Sur cette notion, V. *infra*, n° 1109.

pérégrins et aux citoyens romains. Les pérégrins ont ainsi pu jouir de certains droits et l'étranger a vu sa situation s'améliorer. Petit à petit, la citoyenneté romaine a été accordée à tous les peuples de l'Empire, notamment avec l'édit de Caracalla en 212, et cette distinction s'est gommée.

Dès le IIIe siècle, avec l'invasion de l'Empire romain par les tribus barbares la coexistence des différents peuples, Wisigoths, Burgondes, Goths, Huns sur un même territoire rendait les rapports difficiles. Chaque peuple vivait selon sa propre coutume. Ce n'est qu'avec le temps et l'assimilation des peuples barbares aux citoyens romains que cette distinction s'est estompée, laissant en place, au sud de l'Europe, le droit romain.

Section III L'émergence de la science de conflit de lois

1007 Une nouvelle science a été créée, appelée « méthode conflictuelle » ou « règle de conflit de lois ». Il s'agissait de définir quel système juridique était compétent, avant de puiser dans ce système la solution matérielle applicable à la relation considérée.

Cette méthode a été initiée à la fin du Moyen Âge, avec le développement des échanges commerciaux, notamment en Italie. Chaque ville ayant un statut différent, il a fallu décider à quelles personnes l'on devait rattacher les différents statuts. Un habitant de Bologne qui se rend à Modène ne pouvait être jugé que selon les statuts de Bologne. Les statuts de Modène ne lui étaient pas applicables. Aujourd'hui, ce statut serait assimilé à la loi nationale.

C'est à cette époque que les différentes catégories de rattachement ont été définies :
- la loi applicable à la procédure est la loi du *for* (la loi du juge saisi), la loi applicable au fond peut être une loi étrangère ;
- le principe *lex loci delicti*, l'application aux délits de la loi du lieu de survenance du délit ;
- le principe *lex loci contractus*, l'application aux contrats de la loi du lieu de leur signature, très rapidement réduit à la question de la forme des actes ;
- le principe *lex rei sitae*, l'application aux immeubles de la loi de situation de ceux-ci ;
- le principe du rattachement du statut des personnes à la loi de leur origine.

CHAPITRE II Les doctrines du droit international privé et les principaux auteurs

1008 Dans le temps se sont succédé différentes doctrines qui aujourd'hui continent encore à influencer la réflexion du droit international privé.

Section I Les doctrines statutaires

1009 La théorie des statuts marque le début de la science des conflits de lois et a déterminé les principales règles de rattachement (5). Ce terme de statut désigne une règle établie, une loi ou un règlement.

(5) Sur cette notion, V. *infra*, n° 1053.

Pour les théoriciens italiens, un principe général a d'abord été retenu. Le statut édicté par un souverain suit ses sujets au-delà des frontières. On en a conclu que les statuts sont personnels en ce qu'ils suivent les personnes.

Puis ces théoriciens ont défini qu'il était important que le statut contractuel permette aux parties de se fier à leurs prévisions. Ils en ont conclu que le statut du lieu de conclusion est applicable aux contrats.

Enfin, ils ont établi que le statut réel s'applique aux biens immobiliers situés à l'intérieur de la frontière.

Ces principes constituent toujours la base du droit international privé.

Cette méthode fut théorisée notamment par **Bartole** ou en latin *Bartolus de Saxoferrato* (1314-1357), jurisconsulte italien, professeur de droit, spécialiste du droit romain, qui identifie également un statut dit « odieux », constituant les prémices de notre ordre public international (6). En France, **Charles Dumoulin** (1500-1566), avocat au Parlement de Paris, enrichit la doctrine des statuts avec sa célèbre consultation aux époux de Ganay (7). Il ajoute au statut personnel et au statut réel des Italiens le statut dont l'application dépend de la volonté des parties et qui s'applique notamment aux régimes matrimoniaux.

En effet, les époux de Ganay lui avaient demandé une consultation pour connaître la loi applicable à leur patrimoine. Certains biens étaient situés sur la commune de Paris et d'autres sur la commune de Lyon. Quelle loi était applicable à leur régime matrimonial ? Pour Dumoulin, les parties ayant choisi de s'établir à Paris, elles ont souhaité implicitement voir appliquer la loi parisienne. Il faut donc rechercher la volonté tacite des époux de se soumettre à une coutume qui, en l'espèce, est celle de leur premier domicile commun. Le régime matrimonial a été classé dans la catégorie des contrats. Les époux pouvaient choisir leur régime matrimonial. Ce fut la naissance de la théorie de l'autonomie de la volonté, aujourd'hui très largement reprise par les textes européens, et notamment dans le règlement européen Rome I applicable aux obligations contractuelles (8).

Section II Les doctrines territorialistes

1010 Les territorialistes considèrent que les statuts ont un domaine essentiellement territorial. Les biens sont régis par la loi du lieu de situation, les personnes sont régies par la loi de leur domicile. L'idée principale est de limiter l'application des lois étrangères moins connues des juges du *for*. Ils tentent de privilégier la loi de l'État du *for*.

Bertrand d'Argentré (1519-1590), juriste et historien breton, a répandu cette doctrine. Il souhaitait appliquer le plus largement possible la coutume bretonne. Il donne une place très importante au statut réel et restreint la place du statut personnel.

Des auteurs hollandais au XVII^e^ siècle tels que **Ulrik Huber** (1636-694) ou **Paul et son fils Jean Voet** (1647-1714), ont également contribué à développer cette doctrine. Le pays, à cette époque, connaît un essor économique important avec l'organisation de grandes foires où se retrouvent des marchands de toute l'Europe. Ainsi, pour ces auteurs, seul le droit

(6) Sur cette notion, V. *infra*, n° 1105.
(7) Consultation datée de 1525, publiée dans les *Consilia* de Du Moulin (Cons. LIII, *Opera*, t. II, 2^e^ partie, cc. 315-322).
(8) Sur cette notion, V. *infra*, n° 1163.

hollandais devait s'appliquer sur le territoire des Pays-Bas. Cependant, ils ont considéré comme nécessaire, dans certaines hypothèses, d'appliquer une loi étrangère, non par obligation vis-à-vis de l'État étranger, mais sur le seul fondement de la courtoisie internationale, avec l'espoir que cet État étranger allait faire de même.

Cette théorie a également été adoptée par les pays de la *common law*. C'est aux États-Unis que les premiers travaux doctrinaux apparurent, notamment avec **Joseph Story** (1779-1845), qui accorde une grande importance au domicile, d'origine ou de choix.

Section III Les doctrines particularistes

1011 Pour une partie de la doctrine, dont fait partie **Étienne Bartin** (1860-1948) ou encore, plus proche de nous, **Jean-Paulin Niboyer** (1886-1952), le droit international privé n'est qu'une projection du droit interne sur la scène internationale. Selon Bartin, « les règles de conflit sont des règles nationales, dans chaque pays, au même titre que les institutions de droit interne dont elles circonscrivent le domaine. Elles leur restent liées comme l'ombre au corps, parce qu'elles ne sont autre chose que la projection de ces institutions elles-mêmes sur le plan du droit international » (9). Le droit international privé est ancré et dépend du droit privé.

Section IV Les doctrines universalistes

1012 Ces doctrines proposent de fonder le statut personnel sur la loi nationale. Elles doivent s'appliquer à ces nationaux, et à eux seuls, même s'ils se trouvent à l'étranger. Ce système a une portée universelle et accorde plus d'importance à la personne qu'au territoire. Ces doctrines s'opposent donc à la territorialité des lois.

Certaines conventions et codes s'en sont inspirés. Ce fut notamment le cas pour les premières conventions de La Haye, sur la période 1893-1914. La Convention de La Haye de 1902 sur le mariage précise en son article 1 que « Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux, à moins qu'une disposition de cette loi ne se réfère expressément à une autre loi ».

Cette thèse a été défendue par **Pasquale Stanislao Mancini**, comte de Mancini (1817-1888), professeur italien et homme politique. En France, elle a été reprise par **Antoine Pillet** (1857-1926), enseignant à la Faculté de droit de Paris et à l'Académie de droit international de La Haye.

1013 Puis une synthèse des théories antérieures a été proposée par **Friedrich Carl von Savigny** (1779-1861). Son école a fondé la théorie moderne des conflits de lois dans les pays de tradition romano-germanique.

Pour Savigny, le droit est le produit de l'histoire et d'un environnement économique. Les règles de conflit sont donc déterminées en fonction de la loi la mieux adaptée pour réagir. Les États ne sont pas mis en cause, mais uniquement les personnes privées. Il n'existe plus de lien entre les conflits de lois et les conflits de souveraineté. Les règles de conflit de lois

(9) *Études de droit international privé*, éd. A. Chevalier-Marescq, 1899.

ne se préoccupent que des conflits d'intérêts privés et non de ceux des États. Il s'agit de déterminer, pour chaque type de relation juridique, le lien le plus proche. Il faut trouver la loi la mieux adaptée au problème. Celle-ci est souvent le pays avec lequel la relation juridique présente les liens les plus étroits.

En appliquant ces principes, Savigny dégage les solutions suivantes : dans les conflits de lois relatifs à l'État ou à la personne, il faut appliquer la loi de son domicile. En effet, la personne qui s'établit dans un pays a souhaité implicitement se placer sous l'empire de cette loi. Dans les conflits de lois relatifs aux biens et aux droits réels qu'y se rapportent, le propriétaire a choisi de se soumettre volontairement à la loi locale. Il faut appliquer la loi du lieu de leur situation. Dans les conflits de lois relatifs aux obligations contractuelles, les parties ont choisi de se rapporter à la loi du lieu d'exécution du contrat. Enfin, en matière d'obligations délictuelles, la logique veut que l'on applique la loi du lieu de perpétration du délit.

Même si l'influence de Savigny a été très importante et que son œuvre fondatrice (10) a façonné le raisonnement conflictuel, sa doctrine s'est elle aussi heurtée à la critique. Tout d'abord, la recherche de la loi la mieux adaptée au problème, en privilégiant de manière objective le rapport de droit, induit parfois des rattachements inadaptés. Par ailleurs, sa doctrine universaliste conduit à l'idée que les différences entre les systèmes juridiques sont négligeables et qu'en conséquence les États peuvent supporter de voir un droit étranger s'appliquer indifféremment sur leur territoire.

1014 Quelles que soient les critiques des différentes écoles doctrinales, il faut surtout noter qu'elles ont fait évoluer les règles de conflit de lois. À ce jour, les catégories mises en avant par les différents auteurs sont utilisées par la jurisprudence. Ces règles de conflit sont également reprises lorsqu'une question nouvelle se pose.

La doctrine actuelle a abandonné toute position dogmatique entre universalisme, territorialisme ou nationalisme en prenant en compte l'efficacité des solutions et en cherchant un équilibre. Les tribunaux ont également largement contribué à mettre en place des règles de conflit de lois mieux inspirées, avec la prise en compte de principes nouveaux de proximité et d'autonomie (V. *infra*, n° 1095).

Après cette définition et ce bref rappel historique, il est important de préciser dans quels cas le notaire devra être particulièrement attentif pour savoir s'il doit appliquer ou non le raisonnement conflictuel.

CHAPITRE III L'indispensable élément d'extranéité

1015 Il est nécessaire de distinguer une question de droit interne et une question de droit international soumise au droit international privé. Le notaire doit déceler dans ses dossiers l'élément d'extranéité.

L'extranéité vient du latin *extraneus*, « qui est extérieur, étranger ». Selon le Vocabulaire Capitant, « l'extranéité est la qualité de ce qui est étranger » (11).

(10) *Traité de droit romain*, éd. Panthéon-Assas, 1960.
(11) Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12e éd. 2018.

L'élément d'extranéité est un élément de fait quelconque, **préalable** et **nécessaire** à la mise en œuvre des règles de conflit de lois. Sa découverte entraîne une possible application de règles étrangères et écarte, du moins dans un premier temps, l'application des règles de l'ordre juridique interne.

La relation qui présente un ou plusieurs éléments d'extranéité a des liens avec plusieurs ordres juridiques, celui du *for* et au moins un autre. La présence d'un élément d'extranéité doit alerter le notaire. C'est un indice essentiel et indispensable de la mise en œuvre des règles de conflit de lois. Cet indice suspend l'application des normes matérielles internes.

Le notaire doit acquérir un réflexe afin de déterminer s'il y a lieu de mettre en œuvre le raisonnement de droit international privé dans son activité quotidienne. Il lui appartient, de par sa fonction, de garantir la pleine efficacité de son acte. Pour ce faire, il doit identifier l'élément d'extranéité.

Cet élément repéré dans le dossier doit être **pertinent** par rapport à la situation juridique en cause ; les fiançailles de deux Français en Allemagne, résidents en France, ne sont bien entendu pas suffisantes pour caractériser une situation internationale. Le mariage à l'étranger d'une partie à l'acte est en revanche un élément d'extranéité pertinent et il faudra mettre en œuvre la règle de conflit pour déterminer le régime matrimonial lors de l'acquisition d'un bien immobilier. Le notaire pourra ainsi informer les parties, remplir son obligation de conseil et déterminer quelles personnes doivent intervenir à l'acte.

La détermination de l'extranéité s'effectue à travers divers éléments de faits tels que la nationalité des parties, le domicile, le lieu de célébration du mariage, le lieu de conclusion de l'acte, le lieu de situation de l'immeuble, le lieu de commission du délit (12).

Mais cette pertinence est toute relative. Un même élément d'extranéité peut dans certaines circonstances être considéré comme pertinent, dans d'autres non pertinent. Le caractère international n'existe qu'en relation avec une question déterminée. Si l'on prend comme exemple un national belge qui conclut en Belgique la vente d'une automobile française avec un autre national belge, il existe bien un élément étranger. Du point de vue de la validité de la vente, cet élément n'a pas de signification particulière. Du point de vue de la responsabilité du fabricant, cet élément est important et est considéré comme pertinent.

Par ailleurs, une situation purement interne peut, avec le temps, acquérir un ou plusieurs éléments d'extranéité et devenir internationale. Le régime matrimonial de deux Français, résidant en France, est une situation purement interne. Il suffit que le couple installe son domicile conjugal dans un autre pays pour que la situation devienne internationale.

Enfin, le caractère international est parfois relatif en fonction de l'observateur. Ainsi deux nationaux allemands domiciliés en France est une situation internationale par le domicile pour le juge allemand, tandis qu'elle est internationale par la nationalité pour le juge français. En fonction de la question posée, il est nécessaire que soit le domicile, soit la nationalité soient jugés significatifs par le droit international privé, du point de vue de l'observateur. Comme l'a évoqué Georges Van Hecke (13), « le degré de la perturbation introduite par l'élément étranger est variable ». La détermination de l'extranéité s'effectue à travers divers éléments de faits. La situation sera considérée comme internationale si un de ces éléments est significatif au regard de la question posée. Cette appréciation est faite du point de vue d'un droit international privé et la réponse découle forcément du jugement de valeur de celui qui est appelé à le décider, que ce soit le juge, l'arbitre, ou le notaire.

(12) Sur cette question, V. le développement sur la notion de rattachement, *infra*, n° 1053.
(13) *Principes et méthodes des solutions des conflits de lois : RCADI* 1969, vol. 126.

Si un tel élément est remarqué dans un dossier, le mécanisme du droit international privé doit être mis en œuvre : la qualification (classement d'un fait ou d'un acte dans une catégorie, V. *infra*, n° 1019), le rattachement (détermination du critère à prendre en compte pour la détermination de la loi applicable, V. *infra*, n° 1053), la détermination de l'ordre juridique, et enfin la règle de droit.

1016 Ces principes étant posés, il peut paraître opportun de s'interroger sur la place de l'extranéité en se limitant à quelques observations critiques qui complètent nos propos. En effet, ce qui est international peut être défini de plusieurs manières. La définition de l'internationalité juridique a été posée et il peut paraître intéressant d'évoquer la notion d'internationalité économique, d'approche plus pratique. Enfin, il peut être opportun de se questionner sur l'approche notariale de la notion d'extranéité.

La différence dans la notion de l'extranéité peut être illustrée en prenant un exemple. J'ai besoin de faire des courses pour le repas de ce soir. Je descends chez l'épicier italien au coin de ma rue pour effectuer quelques achats (14). Le juriste devrait qualifier ces achats de contrat international. L'économiste ne le qualifiera pas de la même manière. Pour lui, l'internationalité ne peut être retenue qu'en cas de franchissement de frontières. Cette notion est donc plus restreinte que pour le juriste. C'est la question de la distinction des notions d'internationalité juridique et d'internationalité économique. Le droit économique a une fonction organisationnelle. Il peut être défini comme « le droit de l'organisation de l'économie pour les pouvoirs publics ou par les pouvoirs privés ou par le concert des deux » (15).

Il émerge comme un sous-système dans le système juridique qui se révèle éminemment expansionniste. Le déploiement du droit économique multiplie les occasions de contact de cette discipline avec le droit international privé. Or, depuis Savigny, le droit international privé et sa méthode conflictuelle établissent un système juridique de manière abstraite et neutre et déterminent la loi d'un pays avec lequel ce rapport présente les liens les plus étroits. Le droit économique vient en contradiction avec ce raisonnement. En effet, il peut difficilement s'intégrer dans les catégories de rattachement du droit civil interne, comme c'est le cas pour le droit international privé. Par ailleurs, le droit économique est l'expression d'une régulation de la vie économique et sociale par chaque État. Il vient également en contradiction avec le caractère abstrait et neutre de la règle de conflit de lois telle qu'elle a été exprimée par Savigny (16). L'économiste a donc une conception plus restrictive que le juriste de la notion d'extranéité et il peut venir en opposition avec le droit. La question qui pourrait être posée est la suivante : est-ce qu'il ne pourrait pas y avoir d'internationalité notariale ?

Pour illustrer ces propos, on peut prendre l'exemple d'un national polonais, qui réside en France depuis de nombreuses années, qui s'est marié en France, qui a des enfants de nationalité française, qui possède tous ses actifs en France, qui ne retourne pas ou peu dans son pays d'origine. Ne pourrait-on pas considérer que le rapport de droit est franco-français ? Est-il opportun de faire jouer les règles de conflit de lois et d'appliquer éventuellement à cette situation un système juridique différent du droit français ? Aujourd'hui, le règlement « Successions » prévoit que le Polonais dont la situation est décrite ci-dessus peut choisir sa loi nationale. Est-il véritablement opportun dans ce cas de considérer que la

(14) B. Golman, *Droit du commerce international*, Les cours du droit, 1970.
(15) Cl. Champaud, *Contribution à la définition du droit économique : D.* 1967, chron. p. 215.
(16) Sur ces questions : H. Muir Watt, *Droit international privé*, PUF, 4e éd. 2017.

situation est internationale au regard du coût, de la lourdeur, alors que tout commande de voir appliquer la loi française ? Ne serait-il pas plus souhaitable de retenir un autre critère ? Ne serait-il pas opportun d'interdire le choix de la loi nationale lorsque tous les éléments se rapportent à un autre pays que ce dernier ? Est-il nécessaire de créer des milliers de situations internationales de façon parfois modestement internationalisée ? Le critère de franchissement de frontières tel qu'il existe pour la détermination de l'internationalité économique ne pourrait-il pas être retenu ?

Une réponse uniforme est difficile à définir. Mais le notaire doit mener à bien son dossier. Son obligation d'instrumenter et les conseils qu'il est tenu de délivrer doivent conduire à la meilleure solution qu'il soit et orienter au mieux ses clients.

SOUS-TITRE II

La qualification et le rattachement

1017 En dépit de nombreuses conventions internationales, il n'existe pas d'ordre juridique universel doté de ses propres règles matérielles, de ses autorités pour en contrôler l'application, et au sein duquel des relations nouées dans un contexte international seraient régies de façon uniforme et structurée. Dès lors que des rapports de droit se créent en impliquant plusieurs États ayant chacun son propre système juridique, se pose la question de la gestion de cette diversité, et de la solution à apporter aux difficultés qu'elle est susceptible d'engendrer. Ce sont pour l'essentiel des règles matérielles internes qui permettent d'organiser les relations internationales. Le droit international privé ne va pas avoir pour vocation de trancher le fond d'un litige, mais de fournir les éléments permettant de désigner le juge compétent pour le faire, et de sélectionner la loi interne à appliquer.

1018 Pour identifier cette loi, plusieurs méthodes ont été proposées, sur lesquelles on reviendra. Parmi elles, c'est sur celle des conflits de loi proposée par Savigny (17) que repose principalement le droit international privé. Il faut, selon Savigny, « assigner à chaque classe de rapport de droit un siège déterminé selon sa nature ». La méthode conflictuelle, dite savignienne, va consister à classer les rapports de droit en différentes classes ou catégories (régime matrimonial, succession, capacité, divorce, contrat...) dont il va falloir rechercher le siège, c'est-à-dire le critère de rattachement le plus approprié (résidence, nationalité, lieu de situation de l'immeuble...). La règle de conflit est l'instrument qui va désigner l'ordre juridique, parmi ceux impliqués par la situation internationale, dont la loi va être appliquée. Il va s'agir de rechercher la loi qui apportera une réponse à la question de droit substantiel posée par une situation internationale. La règle de conflit va permettre la mise en œuvre de la méthode conflictuelle en associant un critère de rattachement **(Chapitre II)**, à une catégorie de rattachement. Cela implique au préalable de faire le lien entre la question posée par la situation internationale et l'une des catégories de rattachement prévues par la loi du *for*. Il s'agit de la qualification qui constitue la première étape de la mise en œuvre de la règle de conflit **(Chapitre I)**.

(17) Savigny, *Traité de droit romain*, t. VIII, Paris, 1860.

CHAPITRE I La qualification

1019 La qualification n'est pas spécifique au droit international privé, elle est fondamentale et récurrente dans toutes les branches du droit. Elle est définie comme l'« opération intellectuelle d'analyse juridique, outil essentiel de la pensée juridique, consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier (fait, acte, règle, etc.) et à le faire entrer dans une catégorie de rattachement préexistante (d'où il résulte, par rattachement, le régime juridique qui lui est applicable) en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement » (18). Le terme désigne à la fois un raisonnement et le résultat auquel il mène. En droit international privé, l'opération de qualification consiste, face à une situation internationale qui implique plusieurs ordres juridiques, à identifier un rapport de droit pour permettre son classement dans l'une des catégories prédéfinies du droit international privé. L'opération va prendre une dimension particulière liée à la singularité de la relation internationale qui met en jeu des intérêts propres (intérêts politiques des États, intérêts liés aux relations commerciales...), au fait que la règle de conflit de lois présente un aspect original de par sa structure binaire qui combine une catégorie et une règle de rattachement, mais encore parce que le droit du *for* va être confronté à des institutions étrangères variées, parfois inconnues, et pouvant s'apparenter à plusieurs de ses catégories de rattachement. Il arrivera aussi fréquemment que les lois en présence retiennent des qualifications différentes pour une même situation. Il conviendra de rechercher la loi permettant de guider l'opération de qualification. Cette recherche, parfois abordée sous l'angle du « conflit de qualifications », sera évoquée avec l'examen des typologies des qualifications **(Section I)**. Il conviendra ensuite d'évoquer les modalités de cette qualification **(Section II)**.

Section I Les typologies des qualifications

1020 Face à une situation présentant des liens avec plusieurs systèmes juridiques, retenant des qualifications différentes, un conflit de qualifications pourra naître. Ou bien une institution présente dans plusieurs ordres juridiques n'est pas rattachée à une même catégorie, il s'agira alors d'un « conflit de catégories ». Un État va par exemple considérer qu'une institution doit être régie par la loi applicable aux effets du mariage alors qu'un autre va estimer qu'elle doit l'être par la loi applicable aux régimes matrimoniaux. La question qui se pose alors n'est pas celle de la loi applicable au fond. La difficulté va concerner le choix de la loi devant fournir la qualification du rapport de droit afin de mettre en œuvre la bonne règle de conflit. La qualification se fera-t-elle selon la loi de l'ordre juridique appelé à connaître de la question (*lex fori*) ou bien selon la loi étrangère (*lex causae*) ? Le principe de la qualification *lege fori* s'est imposé en dépit de ses lacunes ou de ses failles, à défaut de mode alternatif de qualification convaincant **(Sous-section I)**, mais il tend à s'édulcorer face à l'émergence d'une qualification autonome sous l'impulsion principale de la Cour de justice de l'Union européenne **(Sous-section II)**.

(18) G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12e éd. 2018.

Sous-section I La qualification *lege fori* en déclin

La qualification *lege fori* de la règle de conflit est celle qui est retenue tant par la doctrine que par la jurisprudence **(§ I)**. Elle n'est toutefois pas sans limite et ce principe de qualification a dû évoluer **(§ II)**. **1021**

§ I Le principe de la qualification *lege fori*

Le principe de la qualification *lege fori* a été défendu à la fin du XIXe siècle, en Allemagne, par Kahn et, en France par Bartin, qui l'a conceptualisé en raisonnant à partir de la jurisprudence *Bartholo* (19). Les faits étaient les suivants : M. et Mme Bartholo sont tous deux Maltais et se sont mariés à Malte. M. Bartholo s'installe par la suite en Algérie, alors française, et y achète des immeubles. À son décès, sa veuve réclame, contre l'héritière du défunt, sa part dans les immeubles situés sur le territoire français. Pour cela, elle demande à bénéficier des droits réservés par le Code Rohan, en vigueur à Malte, en invoquant l'institution maltaise de la « quarte du conjoint pauvre ». Se pose alors en réalité la question de la nature des droits invoqués par le conjoint survivant. Bartin en fait un conflit de qualifications et pose alors la question de la qualification de cette institution inconnue du droit français. Celle-ci se rattache-t-elle à la catégorie des régimes matrimoniaux ? Auquel cas, la loi applicable serait, à défaut de contrat de mariage entre les époux, celle du premier domicile matrimonial, et la veuve pourrait y prétendre puisque ce premier domicile avait été établi à Malte. Ou bien s'agit-il plutôt d'une institution qui relève de la catégorie des successions ? Auquel cas, la loi applicable serait celle du lieu de situation des immeubles, et alors Mme Bartholo serait privée de tout droit dans la succession puisque la loi française ne lui en accordait aucun. Le Code civil de l'époque ne reconnaissant pas la qualité d'héritier au conjoint survivant, la cour d'appel d'Alger confirme la décision du tribunal de Blida et analyse la quarte du conjoint pauvre comme un droit se rattachant au régime matrimonial. **1022**

En réalité, il ne s'agissait pas ici d'un problème de conflit de qualifications, mais plutôt d'un conflit de catégories. Néanmoins, partant des faits de cette affaire, Bartin suppose une opposition entre la qualification d'une institution retenue par le droit français et celle retenue par le droit maltais pour poser la question de la loi dans laquelle il doit être recherché la qualification. **1023**

Les tenants de la qualification *lege causae* considèrent que la qualification est une question d'interprétation de la règle matérielle dont l'application est en cause. Seul l'État étranger qui l'a édictée peut en donner la signification et donc qualifier les institutions qu'il a mises en place.

Bartin a pris un exemple pour expliquer les conflits de qualification : un Hollandais établit son testament olographe en France. Or, le droit hollandais interdit (à l'époque) à ses nationaux de rédiger un testament olographe même à l'étranger alors que le droit français le valide. Quelle loi appliquer à la validité de ce testament ? Loi nationale donc loi hollandaise, ou loi de lieu de rédaction donc loi française ? La question posée est celle de la qualification du caractère olographe du testament : question de pure forme et donc application de la loi française, ou question de validité du consentement et donc loi nationale ? Le droit français répond que c'est une question de forme et le droit hollandais répond que c'est la loi nationale, les deux pays se reconnaissant ainsi compétents (conflit positif de qualification). **1024**

(19) CA Alger, 24 déc. 1889, *Bartholo : JDI* 1891, p. 1171 et s. ; *GAJFDIP*, n° 9.

Bartin prend parti pour la qualification *lege fori*. Plusieurs raisons sont invoquées à l'appui de cette position. D'un point de vue logique, la qualification ne peut être dictée par une loi qui n'a pas encore été désignée à ce stade de la mise en œuvre de la règle de conflit. Par conséquent, la qualification ne peut être opérée, à défaut d'une autre loi dont l'applicabilité est reconnue, que par la loi du juge saisi. Mais Bartin fait surtout reposer son raisonnement sur la souveraineté des États. La qualification est une question d'interprétation de la catégorie de rattachement qui constitue un élément de la règle de conflit. Il appartient donc à celui qui a posé cette règle d'en donner le sens et de l'interpréter. Puisque c'est la règle de conflit du *for* qui s'applique, elle doit avoir le sens que la loi du *for* a entendu lui donner. Admettre la qualification selon la *lex causae* serait admettre une intrusion de la souveraineté étrangère.

1025 Avant Bartin, F. Kahn en Allemagne posait le même problème et voyait comme seule solution pour sortir de cette impasse le choix par le juge du droit des conflits de son ordre interne et, en l'absence de réponse expresse, de découvrir la solution à partir des conceptions de son droit interne.

En réalité l'opération de qualification met aux prises la règle de conflit du *for* avec la règle matérielle étrangère essentiellement lorsqu'est en cause une institution étrangère inconnue, comme la quarte du conjoint pauvre dans l'exemple ci-dessus. Il faut alors décomposer le raisonnement en deux temps. S'il existe une question posée qui implique une institution étrangère inconnue du *for*, c'est à ce droit étranger dont est issue l'institution en question qu'il incombera de préciser l'objet à qualifier. Ce n'est que dans un second temps, quand les caractéristiques de l'institution étrangère auront été précisées, qu'il faudra sélectionner l'une des catégories de rattachement du système de conflit du *for*. Ce qui supposera alors d'interpréter ces catégories selon sa loi.

1026 La qualification *lege fori* défendue en France par Bartin et en Allemagne par Kahn l'a emporté, en doctrine et en jurisprudence. La Cour de cassation l'a consacrée à différentes reprises et pour la première fois dans l'arrêt *Caraslanis* (20). L'affaire portée devant les juges était la suivante : M^me^ Dumoulin, de nationalité française, épouse de M. Caraslanis, de nationalité grecque, assigne en divorce son époux. Ce dernier soulève alors la nullité de leur mariage, célébré civilement en France, en invoquant la loi grecque, qui exigeait une cérémonie religieuse comme condition de fond de la validité du mariage. Il s'agissait ici, avant d'envisager le divorce, de rechercher si le mariage avait une existence juridique. Pour cela, il fallait déterminer si l'exigence d'une célébration religieuse d'un mariage relevait de la catégorie des conditions de forme, ou bien de la catégorie des conditions de fond du mariage, à chacune d'elles correspondant un point de rattachement différent. Les conditions de forme sont rattachées à la loi du lieu de célébration, alors que les conditions de fond sont rattachées à la loi nationale. Les juges français se sont prononcés pour une qualification *lege fori*. Ils ont estimé que le caractère religieux du mariage entrait dans la catégorie des conditions de forme du mariage, et qu'il devait être analysé au regard de la règle de conflit française selon laquelle la forme du mariage renvoie au lieu de célébration, donc en l'espèce à la loi française.

Si le principe de la qualification *lege fori* s'est imposé comme modèle de qualification, il faut toutefois nuancer son application *stricto sensu*, à plusieurs titres.

(20) Cass. 1^re^ civ., 22 juin 1955, *Caraslanis : Rev. crit. DIP* 1955, 723, note Battifol.

§ II Les tempéraments de la qualification *lege fori*

1027 L'affirmation de ce principe de qualification *lege fori* ne tarit pas les difficultés. La qualification a montré des lacunes auxquelles il a fallu remédier en adaptant les catégories du droit international qui ne pouvaient constituer l'exacte réplique des catégories portant le même nom en droit interne **(A)**. En outre, le pragmatisme lié au traitement des relations internationales impose d'admettre qu'il ne peut pas être totalement fait abstraction de la *lex causae*. L'application de la *lege fori* doit parfois être temporisée **(B)**.

A/ La singularité des catégories du droit international privé

1028 Les catégories de rattachement couvrent des questions de droit qui touchent à des notions juridiques similaires ou bien suffisamment proches pour que l'on estime possible de rattacher leur traitement à un même ordre juridique. Le découpage des catégories a été réalisé autour d'institutions ou de problématiques juridiques jugées centrales comme le mariage, le divorce, les successions, les contrats, la capacité... tel que ces institutions ou problématiques étaient perçues par le droit du *for*. Les principes classiques liés à la mise en œuvre des règles de conflit de lois et en particulier le principe de la qualification *lege fori* ont été dégagés à une époque où le droit international privé était essentiellement de source nationale. Partant de l'idée que l'ordre interne était antérieur à l'ordre international, la doctrine affirmait la primauté du premier sur le second. Les solutions substantielles adoptées par le droit interne ont contribué à façonner les catégories de rattachement d'une certaine façon.

1029 Aujourd'hui émergent des ordres juridiques supra-étatiques, en particulier l'ordre juridique européen, qui portent des intérêts venant transcender ceux des États membres. Les sources de droit international privé se sont diversifiées. À côté des sources internes, il existe des sources internationales et aussi européennes, puisque l'Union européenne peut désormais édicter des règles en matière de droit international privé. Cette diversité des sources implique parfois des appréciations divergentes par chaque État des termes employés dans des conventions internationales. La finalité de l'opération de qualification est d'assurer une prévisibilité, et donc une sécurité juridique. Or cette sécurité peut apparaître illusoire, si la qualification est susceptible de varier en fonction de l'interprétation interne mise en œuvre. Pour autant, les États veillent, par la force des choses, à prendre en compte les besoins de la vie internationale, pour ne pas en entraver le développement. Cela implique la recherche permanente d'une coordination des systèmes juridiques afin que les règles de conflit d'un ordre juridique puissent répondre à l'ensemble des questions de droit qui peuvent surgir dans les relations avec un autre ordre juridique avec lequel il coexiste.

1030 Or, il est apparu que les classifications telles qu'elles sont conçues en droit interne ne seront pas nécessairement adaptées aux objectifs du droit international privé. Parfois les questions posées s'éloignent du thème central de la catégorie concernée jusqu'à en effleurer d'autres par certains aspects.

Face à cette évolution, le principe de qualification *lege fori* a montré des faiblesses et est apparu moins adapté. L'approche de la qualification *lege fori* a évolué et s'est assouplie sous l'influence de la doctrine moderne (21), pour admettre que le périmètre des catégories de rattachement pouvait être ajusté et ne plus correspondre exactement à celui du droit interne, notamment afin d'y faire entrer des institutions étrangères ou bien des règles

(21) Pour une étude approfondie sur cette question, V. M. Minois, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, thèse Droit, Université Sorbonne Paris Cité, 2016.

étrangères inconnues du *for*. Pour y parvenir, Batiffol a notamment proposé de recourir à une qualification par le but ou la fonction de ces institutions. Les catégories de rattachement utilisées en droit international privé ont fini par devenir singulières et ne plus être la stricte réplique des catégories du même nom utilisées dans l'ordre interne. Les affaires *Caraslanis* et *Bartholo* peuvent servir d'illustrations.

1031 Dans l'affaire *Caraslanis*, la question posée était de savoir si la célébration religieuse du mariage était une question de fond, ou une question de forme en droit français ; or cette condition n'existe pas du tout en droit français. L'opération de qualification va consister à d'abord poser la question de droit en des termes généraux et abstraits, en évitant toute référence aux solutions proposées par le droit interne matériel qui n'est pas encore désigné comme étant compétent. La qualification implique de rechercher si les raisons qui justifient que les questions de forme soient rattachées à la loi du lieu de célébration, justifient également que le caractère religieux ou laïc du mariage soit classé dans la catégorie des conditions de forme.

1032 Dans l'arrêt *Bartholo*, la quarte du conjoint pauvre était une institution inconnue du droit français qui pouvait concerner la catégorie « Régime matrimonial » ou bien celle des successions. Mais, pour autant, aucune de ces deux catégories telles qu'elles pouvaient être appréhendées en droit interne n'intégrait une telle institution.

Les catégories de rattachement du *for* vont se trouver ainsi « élargies » (22) pour y faire entrer des institutions étrangères inconnues, élargissement qui se justifie par la nécessaire recherche d'une « harmonie internationale des solutions » (23) afin que les sujets de la vie internationale puissent légitimement bénéficier d'une continuité de traitement de leur situation. Cela constitue un premier ajustement du principe de la qualification *lege fori* telle qu'il était originairement conçu. L'harmonie recherchée justifie aussi qu'il ne puisse être totalement fait abstraction des lois étrangères.

B/ La prise en compte de la *lex causae*

1033 À l'occasion d'un contentieux impliquant une institution inconnue du droit du *for*, la qualification suppose que les contours de cette institution, que son essence même, soient précisés par l'analyse de la loi étrangère. Le classement dans une catégorie du *for* ne se fera que dans un second temps, parfois au prix d'une « déformation » ou d'un ajustement d'une de ces catégories dont aucune ne semble *a priori* destinée à accueillir l'institution étrangère. Ainsi, dans l'affaire *Bartholo*, les juges ont dû procéder à l'analyse du code maltais pour identifier la « quarte du conjoint pauvre » et, en quelque sorte, se l'approprier en décidant qu'elle entrait dans la catégorie du régime matrimonial plutôt que dans celle des successions.

1034 D'autres exemples permettent d'illustrer la question des institutions étrangères inconnues du *for* : d'abord le *trust*, institution du droit anglo-saxon, aux fonctions multiples, qui permet d'organiser son patrimoine ou sa succession. La jurisprudence française a, dans un premier temps, cherché à le faire entrer dans l'une ou l'autre de ses catégories de rattachement. Elle l'a tour à tour assimilé au mandat (24), à la substitution fidéicommissaire (25), à un

(22) Expression utilisée par le professeur Maury, *Règles de conflit de lois : RCADI* 1936, III, t. 325, n° 154.
(23) Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, t. 1, LGDJ, 8e éd. 1993, n° 266, p. 447.
(24) T. civ. Seine, 10 déc. 1880 : *JDI* 1881, p. 435.
(25) T. civ. Nice, 3 mai 1905 : *JDI* 1911, p. 278.

démembrement de propriété, avant de chercher à le définir comme une institution originale sans référence à une institution du droit français (26).

1035 Ensuite la *kafala*, institution de droit musulman, qui constitue un mode de recueil légal d'un enfant sans création de lien de filiation. Elle se distingue par conséquent d'une adoption, laquelle est d'ailleurs prohibée dans la plupart des pays musulmans, et notamment dans ceux qui connaissent la *kafala*. Elle est plutôt assimilée en droit français à une délégation d'autorité parentale ou à une tutelle, mais au prix là encore d'une déformation des institutions françaises telles qu'on les connaît en droit interne.

1036 La prise en compte de la *lex causae* pourra aussi intervenir à l'occasion de ce que Bartin a appelé la « qualification en sous-ordre ». Parfois, après avoir désigné la loi applicable par la mise en œuvre de la règle de conflit, il faut réaliser une seconde étape de qualification, laquelle ne va pas commander la loi applicable puisque celle-ci a déjà été trouvée ; cette seconde qualification, en sous-ordre, va permettre de décider de l'applicabilité d'un corps de règles au sein de la loi désignée. Chaque fois qu'il y aura lieu de définir et de classer des institutions au sein de la catégorie délimitée par la loi applicable au rapport de droit, c'est cette loi qui sera compétente pour le faire. Cette qualification en sous-ordre sera d'autant plus fréquente que la catégorie de rattachement sera définie largement. En revanche, la qualification en sous-ordre n'aura pas lieu si une règle de conflit distincte est consacrée à l'institution dont il est question.

1037 La qualification *lege fori* continue aujourd'hui d'être pertinente dans la plupart des cas, sous l'impulsion de la doctrine moderne, qui a abandonné le fondement souverainiste proposé par Bartin, qui la sous-tendait. Pour autant, elle présente toujours certaines déficiences et apparaît parfois difficilement lisible, de sorte qu'elle ne semble pas toujours de nature à assurer la prévisibilité et la sécurité attendues dans les relations internationales. Les propositions doctrinales, notamment la qualification par la fonction des institutions, ne permettent pas toujours par exemple de résoudre les problèmes de conflits de catégories, en présence d'institutions qui se situent à la frontière de plusieurs d'entre elles. Quant à la jurisprudence, elle tend parfois à appliquer une conception stricte des catégories de rattachement, telles qu'elles sont perçues en droit interne. Face aux imperfections de la qualification *lege fori*, des modèles alternatifs de qualification sont proposés, en particulier la qualification autonome ou européenne.

Sous-section II La qualification autonome

1038 Rabel avait envisagé en son temps (27) la possibilité de dégager, en faisant une étude de droit comparé, des catégories universelles autonomes qui transcenderaient les concepts nationaux. Il partait de l'idée que l'objet international de la règle de conflit impliquait que son interprétation ne devait pas se faire uniquement selon la *lex fori*, mais aussi en considération des autres législations nationales. Rabel soulignait déjà les limites de la qualification *lege fori*. Sa proposition est apparue utopique, car elle supposait un consensus durable entre les États. Pour autant, elle connaît aujourd'hui un certain regain sous l'influence de traités internationaux et de règlements européens, dont l'efficacité suppose une interprétation homogène sous peine d'être compromise.

(26) CA Paris, 10 janv. 1970, *Courtois de Ganay : Rev. crit. DIP* 1971, p. 518, note G. Droz. – TGI Bayonne, 28 avr. 1975 : *Rev. crit. DIP* 1976, p. 331, note A. Necker.

(27) E. Rabel, *Le problème de la qualification : Rev. crit. DIP* 1933, 1.

1039 Parfois les conventions posent des règles d'interprétation ou bien définissent les concepts qu'elles utilisent. Cela reste rare, car il est souvent difficile d'obtenir un consensus sur des définitions communes. Les conventions renvoient alors au droit national des États signataires, avec le risque de divergences d'interprétation que cela comporte. Confrontée à cette difficulté, la jurisprudence de l'Union européenne a été à l'origine de la création d'une nouvelle forme de qualification : la qualification autonome. Avant d'étudier les difficultés d'application des notions autonomes **(§ II)**, sera abordé la création de la méthode d'interprétation par la Cour de Luxembourg **(§ I)**.

§ I La méthode d'interprétation de la Cour de Luxembourg

1040 Certains textes européens utilisent des termes ou expressions connus en droit interne. Afin de neutraliser le risque d'une divergence d'interprétation de ces textes par les juridictions des États membres, il était nécessaire de leur donner une définition autonome au niveau européen. Les règlements européens, de même que les conventions de Bruxelles et de Rome ont confié la mission d'**interpréter** les textes européens à la Cour de justice de l'Union européenne. Cette interprétation autonome a été également utilisée par de nombreuses juridictions internationales ou européennes, et notamment par la Cour européenne des droits de l'homme.

La Cour internationale de justice avait eu elle-même recours à l'interprétation autonome en 1958 dans une affaire *Boll* (28). Cette affaire concernait Marie-Élizabeth Boll, mineure, née et résidente en Suède, de nationalité néerlandaise. Au décès de sa mère, les autorités néerlandaises confient la tutelle de l'enfant, conformément à la loi néerlandaise, dans un premier temps au père puis en 1954 à une autre personne. La même année, les autorités suédoises appliquant leur propre loi, autorisent des mesures administratives au titre de l'éducation protectrice de l'enfant et la placent sous leur garde et protection. Le gouvernement néerlandais saisit alors la Cour internationale de justice pour violation par la Suède de la Convention de La Haye du 12 juin 1902 sur la tutelle des mineurs, signée par les deux pays, qui donne la compétence de principe à la loi nationale du mineur. La Cour internationale de justice rejette la demande des Pays-Bas et recherche une signification commune, et donc uniforme et autonome, aux ordres juridiques néerlandais et suédois des termes « tutelle » et « protection de la jeunesse ».

La Cour européenne des droits de l'homme utilise, quant à elle, de manière habituelle l'interprétation autonome se référant à des notions telles que « tribunal impartial », « délai raisonnable » ou encore « loi » (29).

Toujours est-il, que compte tenu de l'implication du droit de l'Union dans celui des États membres, l'interprétation autonome y a une place toute particulière.

1041 La Cour a eu recours pour la première fois à la méthode de la qualification autonome dans un arrêt *Unger* (30) au sujet de la notion de travailleur salarié ou assimilé.

Puis son utilisation s'est généralisée, surtout dans le domaine de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, modifiée par le règlement Bruxelles I concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale adopté le 22 décembre 2000. Ainsi, dans un arrêt *Eurocontrol* (31) où était en question

(28) CIJ, 28 nov. 1958 : *Rec. CIJ* 1958, p. 55 ; *Rev. crit. DIP* 1958, p. 713.
(29) F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 6e éd. 2003, p. 225-228.
(30) CJCE, 19 mars 1964, aff. C-75/63, *Unger* c/ *Bestuur der Bedrijfsverenigin*.
(31) CJCE, 14 oct. 1976, aff. 29/76, *LTU* c/ *Eurocontrol : Rev. crit. DIP* 1977, 776, note Droz.

l'application de ladite convention de Bruxelles, la Cour affirme : « Pour l'interprétation de la notion de "matière civile et commerciale" (...) il convient de se référer non au droit de l'un quelconque des États concernés, mais, d'une part, aux objectifs et au système de la Convention et, d'autre part, aux principes généraux qui se dégagent de l'ensemble des systèmes nationaux ».

La Cour a, depuis, dégagé un nombre important de définitions communautaires, sans toutes les énoncer, comme celles de « régime matrimonial » (32), de « matière contractuelle » (33) ainsi que de « matière délictuelle ou quasi délictuelle » (34).

1042 La multiplication des règlements européens est une source d'augmentation de « notions communautaires ».

Parfois ces textes européens définiront eux-mêmes les institutions qui en sont l'objet. Ainsi, récemment, dix-huit États membres de l'Union européenne ont choisi, dans le cadre d'une procédure de coopération renforcée, de se doter d'un instrument commun afin de redéfinir la loi applicable aux régimes matrimoniaux et aux partenariats enregistrés. Le règlement sur la loi applicable au régime matrimonial définit pour la première fois la notion de régime matrimonial comme 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.

Parfois en l'absence de définition ou de certitude, les juges des États membres saisiront par voie préjudicielle la Cour de justice de l'Union européenne afin de l'interroger sur l'interprétation qu'il y a lieu de faire. Cette interprétation s'imposera pour l'avenir à toutes les autres juridictions des États membres.

L'objectif est d'avoir non seulement des **textes communs** à l'Union, mais également une **interprétation commune** de ceux-ci. Cette harmonisation permettra ainsi d'éviter un *forum shopping* qui naîtrait de la diversité des réponses que pourraient avoir les États membres.

Pour cela, la Cour de justice de l'Union européenne crée des notions « autonomes » par rapport aux législations des Etats membres, en veillant à interpréter les textes communautaires par référence aux objectifs poursuivis par ces textes plutôt que par un renvoi au droit interne (35).

§ II Les difficultés d'application des notions autonomes

1043 Cette démarche de la Cour de justice a fait l'objet de critiques. On lui a reproché de procéder plus à une analyse empirique (fondée sur l'observation des droits matériels des États membres, du droit matériel européen, ou bien des finalités du texte interprété) qu'à une véritable qualification autonome, négligeant ainsi les objectifs du droit international privé, dont celui de la recherche de l'ordre juridique présentant le lien le plus étroit avec le rapport de droit litigieux.

1044 Par ailleurs, cette démarche n'éludera pas le problème des conflits de qualifications, y compris au sein de l'Union européenne. Un juge, lorsqu'il aura à désigner la loi applicable face à un rapport de droit, pourra ainsi être amené à ne pas le faire de façon semblable

(32) CJCE, 27 mars 1979, aff. 143/78, *De Cavel* c/ *De Cavel (De Cavel I) : Rec. CJCE* 1979, I, p. 1055 ; *Rev. crit. DIP* 1980, p. 621, note Droz.
(33) CJCE, 17 juin 1992, aff. C-26/91, *Jakob Handte* c/ *TMCS : Rec. CJCE* 1992, I, p. 3697, pt 15 ; *Rev. crit. DIP* 1992, p. 730, note Gaudemet-Tallon.
(34) CJCE, 27 sept. 1988, aff. 189/87, *Kalfelis* c/ *Bankhaus Schröder : Rec. CJCE* 1988, I, p. 5565 ; *D.* 1989, somm. comm. p. 254, obs. B. Audit.
(35) CJCE, 22 mars 1983, *Martin Peters : Rev. crit. DIP* 1983, p. 667, note H. Gaudemet-Tallon.

suivant que le rapport de droit concernera une situation transfrontalière intracommunautaire ou bien une situation internationale extracommunautaire. Elle n'éteindra pas non plus toutes difficultés d'interprétation. Parfois les termes utilisés par un règlement, une convention ou un arrêt pourront eux-mêmes être sujets à interprétation. Toutes les conventions internationales font référence à des concepts qui peuvent être reçus de façon différente dans chaque État partie à cette convention. À défaut de définition conventionnelle précise naissent des difficultés de qualification. Chaque juge national lui donnera le sens retenu par son propre ordre juridique, ce qui constituera un obstacle à l'objectif d'harmonisation des droits.

1045 Ensuite le droit européen ne constitue pas un système juridique complet. La référence au droit communautaire ne pourra donc pas être systématique, ni intégrale, et parfois le juge ne pourra avoir recours qu'à un droit matériel interne non encore uniformisé au niveau européen. La question se posera de façon d'autant plus aiguë que la décision rendue par un juge national pourra être amenée à circuler sur le territoire d'autres États membres de l'Union. Les autres États se considéreront-ils liés par la qualification adoptée ?

1046 La règle de conflit de loi européenne ressemble à la règle de conflit de loi interne. Toutes deux ont une structure bilatérale. La règle de conflit de lois européenne est donc susceptible de désigner aussi bien la loi d'un État membre de l'Union européenne que celle d'un État tiers. Par conséquent, les problématiques suscitées au niveau national ne manqueront pas de réapparaître au niveau européen. Une même notion pourra être appréhendée différemment par le droit européen et celui d'un État tiers. La qualification autonome ne présenterait pas réellement d'originalité. Elle ne constituerait que la transposition pure et simple de la qualification *lege fori* dans l'ordre juridique européen. Le raisonnement serait le même, seule la source de la règle à interpréter changerait, pour passer d'un niveau national à un niveau européen et la démarche des juges européens s'apparenterait à une forme de qualification *lege fori*. Le droit européen fait partie intégrante du système juridique des États membres, et les juges nationaux sont devenus des juges européens chargés de l'application uniforme des textes européens sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne.

1047 Pourtant, là où l'étude de la qualification s'était focalisée, en droit international privé de source interne, sur la loi qui devait la guider, le droit européen ne peut que montrer une voie originale, si l'on garde à l'esprit que le droit matériel européen est encore loin d'être abouti et reste à l'état embryonnaire. Il n'existe pas à proprement parler de loi européenne sur laquelle le juge pourrait systématiquement s'appuyer afin de guider son travail d'interprétation. Par ailleurs, certains règlements européens laissent la qualification à la loi nationale des États membres. Pour autant la méthode de qualification *lege fori* peine à s'émanciper des concepts du *for* pour proposer des solutions adaptées aux relations internationales, alors que les juges européens ont une vision différente et prennent mieux en compte le contexte international ; la Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée en faveur d'une interprétation autonome du droit européen. Lorsque le droit international privé prend le relais parce qu'on sort du champ d'application d'un règlement européen, on revient à la qualification *lege fori*.

Section II Les modalités de qualification

1048 Elles consistent en deux étapes : l'analyse de la question ou du rapport de droit **(Sous-section I)** et la classification **(Sous-section II)**.

Sous-section I L'analyse du rapport de droit

1049 Cette analyse porte sur la prétention du plaideur et sur les faits dans un contexte international, donc une appréciation concrète de la situation, pour ensuite chercher la règle de droit international auxquels les faits vont être soumis. Dans le second exemple ci-dessus (V. *supra*, n° 1024), les faits à recenser sont la nationalité du testateur (hollandais), le lieu de rédaction du testament (en France), la forme du testament (olographe). La prétention étant la nullité du testament.

La disposition du code hollandais concerne-t-elle la forme ou la capacité d'agir ? C'est cette question préalable du droit qui nous permettra de connaître la règle de droit international privé applicable. La capacité de tester d'un Hollandais change-t-elle quand il va à l'étranger ?

Ce travail consiste aussi en la connaissance des deux législations qui s'opposent, puisque la forme olographe de cette disposition est tantôt qualifiée de règle de fond, tantôt de règle de forme.

Il convient d'analyser objectivement le rapport de droit, de rechercher le siège du rapport de droit d'après sa nature et d'après la localisation de son élément essentiel. Cette analyse est appelée la « méthode savignienne » (36).

1050 Parfois la qualification des faits eux-mêmes pose une complexité. Dans l'affaire *Stroganoff-Scherbatoff*, s'agissant de la dévolution successorale d'œuvres d'art dépendant d'un « majorat perpétuel », le demandeur prétendait avoir la qualité d'héritier compte tenu du lien de filiation et de la succession de biens litigieux. Cela nécessitait, en premier lieu, de qualifier la succession (mobilière ou immobilière) pour, en second lieu, appliquer soit la loi du dernier domicile, soit la loi du lieu de situation. Pour cela, il fallait se référer à la loi étrangère pour comprendre la nature et le régime juridique d'un majorat perpétuel (37).

1051 L'exemple de Bartin de l'institution maltaise de la quarte du conjoint pauvre est aussi une parfaite illustration du recours nécessaire au droit étranger pour le comprendre et appliquer la qualification la plus juste dans notre droit. Il peut aussi être fait référence dans le même contexte au *trust* ou à la *kafala*.

Sous-section II La classification

1052 À quelle catégorie du *for* se rattache le rapport de droit ou la question litigieuse ? Pour répondre à cette question, il convient de partir des catégories du droit interne. La classification se fait par branche, domaine, matière (« classification hiérarchique »). Les catégories juridiques sont créées par la loi, la doctrine, mais aussi la jurisprudence. Le droit évolue et ainsi on peut voir apparaître de nouvelles catégories, comme par exemple le droit de l'environnement. La classification hiérarchique, dans notre droit civiliste, est de nature typologique, c'est-à-dire que le classement se fait par les caractéristiques des objets (ressemblance, différence) en opposition avec une classification de nature généalogique, qui classifie les mêmes objets selon leur origine (pays de *common law*).

(36) Savigny (1779-1861), professeur de droit romain, appartient au courant universaliste qui préconise de tenir compte de données universelles pour construire un droit international privé idéal. Cette pensée s'oppose à celle de Bertrand d'Argentré qui prônait une théorie territorialiste, laquelle préconisait donc une application des coutumes de son territoire (Bretagne) avec une volonté d'indépendance politique.

(37) TGI Seine, 12 janv. 1966.

Certaines catégories vont avoir un rôle important dans la qualification : ce sont les catégories de base (38). Si la vente était analysée en catégorie de base, elle dépendrait d'une catégorie plus générale les contrats.

On va regarder les caractéristiques de la question en droit interne pour la qualifier et la classifier dans une catégorie, puis on vérifiera si au niveau international on pourrait la classifier ainsi.

Prenons l'exemple du mariage polygamique. Le juge français peut-il le considérer comme un mariage alors que le droit français ne le connaît pas ? Le mariage polygamique remplit-il les conditions de fond et de forme de l'institution du mariage ?

Une analyse fonctionnelle de ces institutions (française et étrangère) permet de classer le mariage polygamique dans la catégorie « Mariage ». En effet, ces deux institutions ont bien **un but similaire**. C'est la conception de Battifol. Cette méthode permettra d'éliminer le risque de lacunes.

Pierre Mayer procède quant à lui à une analyse *ratio legis* de la règle de conflit, c'est-à-dire à une analyse fondée sur la raison d'être de cette règle. Par exemple, le rattachement du mariage à la loi nationale commune a pour raison la stabilité de ce critère.

Comment qualifier quant il n'y a aucune institution, comme par exemple l'inexistence de l'adoption dans les pays de droit musulman ou celui du partenariat, connu par une minorité de pays ? Dans quelle catégorie rattacher le pacs modèle français ?

Les problèmes que l'on connaissait *lege fori* existent aujourd'hui sur les qualifications autonomes. Les divorces par consentement mutuel, ou encore les divorces prononcés par un tribunal religieux (39) posent aujourd'hui la question de la circulation des décisions rendues par une autorité non juridictionnelle.

CHAPITRE II La concrétisation de la règle de conflit : le rattachement

1053 Deux méthodes ont été utilisées historiquement pour résoudre les problèmes de conflits de lois.

La première méthode consiste à partir de la règle de droit et voir, d'après son contenu, son application dans l'espace.

La seconde méthode consiste quant à elle à partir d'un rapport juridique pour trouver la loi la plus adaptée à la situation.

La première méthode a prédominé jusqu'à la révolution « copernicienne » intervenue au milieu du XIXe siècle avec la parution du tome VIII du *Traité de Droit romain* de Savigny. Pour Savigny, il faut partir du rapport de droit en cause afin de montrer le lien qui le rattache à un lieu déterminé et assigner à chaque classe de rapport de droit un siège déterminé selon sa nature. C'est ce que l'on appelle « la règle de conflit savignienne » ou encore « la règle de rattachement » (40).

(38) M. Cumyn, *Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexion sur la systématicité du droit : Les Cahiers de droit* 2011, vol. 52, p. 374.
(39) CJUE, 20 déc. 2017, aff. C-372/16, *Sayhouni*.
(40) F.-C. Savigny, *Traité de Droit romain*, t. VIII, § 344 et 348.

Le rapport de droit va pouvoir être rattaché sans distinction soit à la loi du *for*, soit à une loi étrangère. Il s'agit en l'espèce d'une règle de conflit bilatérale (par opposition à une règle de conflit unilatérale).

Cette règle sera étudiée tout d'abord par les éléments qui la composent **(Section I)**, puis par les modifications possibles qui peuvent y être apportées **(Section II)**.

Section I Les éléments de rattachement

1054 Les éléments qui vont permettre de rattacher un rapport de droit à une loi peuvent être déterminés de manière objective **(Sous-section I)** ou de manière subjective **(Sous-section II)**.

Sous-section I Le rattachement objectif

1055 L'analyse peut être faite au cas par cas, pour trouver le maximum d'indices en lien avec un ordre juridique. L'analyse peut aussi être faite par classification des rapports de droit dans des ordres juridiques, lesquels ordres juridiques indiqueront les facteurs de rattachement.

Pour Savigny, aucune de ces méthodes n'était envisagée, et selon lui, « le droit local applicable à chaque rapport de droit se trouve sous l'influence de la volonté libre des personnes intéressées qui se soumettent volontairement à l'emprise d'un droit déterminé, bien que cette influence ne soit pas illimitée » (41).

Le rattachement à une loi se ferait par une soumission libre et volontaire par les parties à ladite loi. En réalité cette soumission volontaire est purement objective pour Savigny qui localise objectivement les rapports de droit en fonction de leur « nature » afin d'en déterminer le « siège ». Le rattachement est donc une « localisation objective des relations de droit privé ». Cette localisation peut se faire soit par le sujet, soit par l'objet, soit par la source en fonction de la nature de la relation (42).

1056 Alors que la première méthode d'analyse aboutira de toute évidence à un manque d'homogénéité et de prévisibilité au niveau international, la seconde permettra une universalisation des règles et participera à la libre circulation des individus et à une sécurisation du statut de ces derniers.

De surcroît, la première méthode nécessitera obligatoirement l'intervention d'un juge qui « interprétera » les « signes » au cas par cas.

Cette première méthode présentera d'autres désavantages : celui de donner lieu à des interprétations qui pourront varier d'un juge à l'autre, mais aussi celui de ne pas être adéquate à des matières qui ne nécessitent pas l'intervention d'un juge. On peut citer en ce sens les régimes matrimoniaux ou les successions qui sont réglés généralement uniquement par le notaire. Dans le même esprit, la matière contractuelle permet aux parties de déterminer la ou les lois applicables à leur contrat ; le recours à un juge pour déterminer la loi applicable par appréciation au cas par cas ne serait pas acceptable et serait une entrave à la bonne marche de l'économie.

(41) F.-C. Savigny, *Traité de Droit romain*, t. VIII, § 360, p. 110.
(42) H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, t. I, LGDJ, 8e éd. 1993.

S'agissant de la responsabilité civile délictuelle en matière d'accident de la circulation, pour éviter les difficultés qui seraient engendrées par la méthode de localisation concrète, la Convention de La Haye sur la loi applicable aux accidents de la circulation a prévu un système de règles de conflit de lois avec des points de rattachement abstraitement définis, et des règles hiérarchisées.

1057 En matière de statut personnel, le critère de rattachement doit permettre au statut personnel de rester permanent. Pour une continuité dans le traitement, une même loi doit suivre la personne, peu importe où elle se trouve. Cette permanence a pour but que l'état de la personne n'est pas modifié lorsque la personne change de pays, citons sa capacité juridique pour exemple.

Le statut personnel ne doit pas pouvoir être changé volontairement pour se soustraire à une disposition que notre loi nous interdit, c'est l'idée de l'autorité des lois. Un Français ne pourrait pas aller dans un pays musulman pour bénéficier du statut de la polygamie alors que la loi française le lui interdit.

Les critères traditionnellement retenus en cette matière sont la nationalité ou le domicile (ou la résidence). La cour de Paris avait, dès 1814, décidé que la capacité relevait de la loi nationale (43). L'article 3, alinéa 3 du Code civil dispose que : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ». Le critère de nationalité présente aujourd'hui plus de fixité que celui du domicile compte tenu des mouvements de population.

Il n'y a toujours pas aujourd'hui un seul et même critère de rattachement retenu pour le statut personnel. Les deux critères n'ont pas la même raison d'être. Le rattachement par la nationalité a une « vocation recognitive » de la spécificité de l'autre. On accepte l'étranger avec son identité culturelle, alors que le rattachement par le domicile a une « vocation intégrative », on privilégie l'immersion de l'individu dans le milieu social effectif où il vit (44).

Il faut rappeler que le rattachement à la nationalité appliqué aux relations familiales a montré ses limites. À une époque où la femme en se mariant perdait sa nationalité et acquérait celle de son époux, M^me^ Gensoul, de nationalité française, épouse en 1893 M. Ferrari, de nationalité italienne. Le couple se sépare en 1899, mais l'Italie ne connaissant pas le divorce une séparation de corps est prononcée. Puis M^me^ Gensoul rentre en France et demande dans un premier temps sa réintégration dans sa nationalité française, puis dans un second temps la conversion de sa séparation en divorce. Une application des lois nationales de chacun des époux aboutit à une solution (45) illogique : monsieur est toujours marié alors que madame ne l'est plus.

D'où le rattachement des effets du mariage à une loi unique : celle de la nationalité commune des époux, à défaut de nationalité commune celle de leur domicile commun, et à défaut de ces deux critères celle de la loi du *for* (46).

Les deux critères deviennent ainsi subsidiaires et complémentaires.

1058 Alors qu'une permanence du critère de rattachement pour le statut personnel est nécessaire, le critère de rattachement des biens doit être homogène dans l'espace. Tous les biens situés sur un même territoire doivent être soumis à la même loi, peu importe l'identité ou la

(43) Y. Lequette, *Cours général de droit international privé : RCADI* 1982, p. 176 ; *RCADI* 1987, p. 91.
(44) CA Paris, 13 juin 1814, *Busqueta : GAJFDIP* 1814, 2, 393. – B. Ancel et Y. Lequette, *Les Grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, Dalloz, 5^e^ éd. 2006, n^o^ 1.
(45) Cass. civ., 6 juill. 1922, *De Ferrari*.
(46) Cass. civ., 17 avr. 1953 : *Rev. crit. DIP* 1953, p. 412, note H. Battifol.

nationalité du titulaire des droits. Savigny écrivait à ce propos : « L'objet des droits réels tombant sous nos sens et occupant une place dans l'espace, le lieu où ils se trouvent est en même temps le siège du rapport de droit dont ils fournissent la matière ». La localisation concrète du bien permet de situer le siège du rapport de droit. Selon Battifol : « La meilleure localisation d'un rapport juridique est celle qu'indique son objet matériel, s'il en a un » (47).

Ainsi, la localisation d'un bien immeuble ne pose pas de problème particulier et une règle, que l'on peut considérer comme universelle, soumet ledit immeuble à la *lex rei sitae*. Il serait inenvisageable d'ailleurs que d'autres États viennent régir avec leur loi les règles applicables au sol, ou au sous-sol d'un autre État. Portalis disait qu'il « est de l'essence même des choses, que les immeubles dont l'ensemble forme le territoire public d'un peuple soient exclusivement réglés par la loi de ce peuple quoiqu'une partie de ces immeubles puisse être possédée par les étrangers ». L'article 6 du Code civil interdit de déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.

Il en va également de la sécurité des transactions immobilières de soumettre les biens à la loi de l'État de situation. Peu importe leur nationalité ou leur domicile, les propriétaires doivent pouvoir s'assurer de la sécurité juridique de leur transaction. Sécurité assurée dès lors que les règles sont prévisibles par tous et dès lors que les règles locales impératives, notamment celle de la publicité foncière, vont s'appliquer aux biens.

On peut rappeler que le règlement européen n° 650/2012 sur les successions vient modifier cette règle en mettant fin au morcellement des successions immobilières, appliquant désormais une seule et même loi à l'ensemble du patrimoine du défunt, peu importe sa localisation.

1059 Pour les biens meubles, plusieurs difficultés se posent pour localiser le siège du rapport de droit : leur mobilité ou leur caractère incorporel.

Le bien meuble est, tout comme l'immeuble, localisable matériellement, mais il peut, compte tenu de sa nature, *changer de place*. Ainsi dans un premier temps le bien meuble a été rattaché à la loi du domicile du propriétaire pour finalement être rattaché, comme l'immeuble, à la loi de sa situation, ce critère de rattachement présentant plus de sécurité juridique pour les transactions que la loi personnelle du propriétaire. En effet, le choix de la loi personnelle comme critère de rattachement aurait trouvé ses limites en présence de plusieurs personnes de statut différent revendiquant le même bien. Mais le choix de la loi de situation du bien mobilier peut perdre de sa pertinence en cas de franchissement par celui-ci des frontières. Le statut du bien meuble sera soumis à la localisation actuelle du bien ; or, si une garantie a été prise dans un pays et que le bien a changé de pays, sauf publicité particulière, les créanciers perdront leur garantie ; seule la situation actuelle du bien, la seule à être connue, est opposable aux tiers (48).

La localisation devient métaphorique lorsqu'il s'agit d'un bien meuble incorporel. La localisation d'une créance ou d'un droit de propriété intellectuel sera alors fictive (49).

1060 En ce qui concerne l'obligation, comment trouver le siège de droit ? Comme le meuble incorporel, l'objet de l'obligation est immatériel, et n'occupe pas de place dans l'espace. Il faudrait alors lui donner corps « en cherchant dans son développement naturel des apparences visibles auxquelles [rattacher] la réalité invisible de l'obligation » (50).

(47) H. Battifol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, t. I, LGDJ, 8e éd. 1993, p. 448.
(48) Cass. 1re civ., 8 juill. 1969, *Sté Diac : Rev. crit. DIP* 1971.
(49) Y. Lequette, *Cours général de droit international privé*, *op. cit.*, p. 100.
(50) F.-C. Savigny, *Traité de droit romain*, t. VIII, p. 198 et s.

L'obligation contractuelle est rattachée à une loi par les parties elles-mêmes puisqu'elles ont toute latitude pour choisir la loi applicable à leur contrat (51). Mais en cas d'absence de choix ou d'incertitude sur ce choix, se posera alors la question de la localisation du siège du rapport de droit.

Parmi les solutions, la nationalité commune des parties avait été envisagée. Dans un contexte international, les différences de nationalité étant très fréquentes, ce critère ne pouvait être pertinent.

Le droit international privé des contrats suisse connaissait deux règles : « la petite coupure » (*kleine Spaltung*) qui soumettait chaque obligation à la loi du lieu de son exécution et la « grande coupure » (*grosse Spaltung*) qui soumettait la formation à la loi du lieu de conclusion du contrat, et ses effets à la loi de chaque obligation. Cette méthode posait encore plus de difficultés (52). Le droit suisse posa alors le principe d'une loi unique dans un arrêt *Chevalley* rendu le 12 février 1952, en énonçant que le rattachement se fait par l'obligation caractéristique du rapport de droit et abandonne le système de la coupure (53). La Convention de Rome du 19 juin 1980 et le règlement Rome I du 17 juin 2008 (54) soumettent, en l'absence de choix, le contrat à une loi unique : la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir **la prestation caractéristique** a sa résidence habituelle. La prestation caractéristique une fois déterminée, il convient de la localiser ; c'est la résidence habituelle de la personne qui fournit la prestation caractéristique qui sera retenue. S'il fallait trouver une justification à ce choix plutôt qu'à celui de la résidence habituelle du créancier de la prestation caractéristique, il faudrait regarder la situation sous un angle économique. La volonté du législateur européen est d'avantager le commerce international en privilégiant celui qui exerce cette activité même au-delà de ses frontières, ainsi toutes ses activités seront soumises à la même loi, celle de sa résidence habituelle, peu importe le domicile de ses cocontractants.

1061 En matière d'obligations non contractuelles, le règlement Rome II (55) est venu harmoniser les règles de conflit en fixant une règle de rattachement unique : la *lex loci damni*. En l'absence de choix exprimé par les parties, le rattachement sera déterminé par le « lieu de survenance du dommage ».

§ I La définition du facteur de rattachement

1062 Cette définition trouve sa source dans le système juridique de l'auteur de la règle de droit. Il faut bien distinguer ce travail de celui de la qualification. Il s'agit ici de chercher la définition du critère de rattachement et non de la catégorie de rattachement.

Si la règle trouve sa source dans le droit interne, il faut regarder la définition du facteur de rattachement dans le droit interne.

Si le domicile est le facteur de rattachement, il convient de se référer à l'article 102, alinéa 1 du Code civil : « Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement ». Si la personne est mineure, elle est domiciliée chez ses père, mère ou tuteur (56).

(51) Cass. civ., 5 déc. 1910, *American trading C° : GAJFDIP*, n° 11.
(52) M.-E. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, 2002, p. 19.
(53) 1re Cour civile, 12 févr. 1952, *Chevalley* c/ *Genimportex SA : BGE* 78, II, 74.
(54) Art. 4, § 2.
(55) Règl. (CE) n° 864/2007, 11 juill. 2007, sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») : *JO* n° L 199, p. 40.
(56) C. civ., art. 108-2.

Si la règle trouve sa source dans une loi étrangère, le facteur de rattachement doit être défini au regard de cette loi étrangère.

Si la règle trouve sa source dans une convention internationale ou européenne, il y a lieu de se référer à ces textes pour la définition.

La Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels (non entrée en vigueur) pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile, définit dans son article 5 le domicile comme le lieu où une personne réside habituellement.

Le règlement européen du 4 juillet 2012 en matière de successions fixe le rattachement des successions à une loi unique, celle de la **résidence habituelle** du défunt au jour de son décès (art. 4). Pour déterminer la résiduelle habituelle, il faut se référer aux indications données par les considérants 23 et 24 : « 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. Lorsque, pour des raisons professionnelles ou économiques, le défunt était parti vivre dans un autre État pour y travailler (...) le défunt pourrait, en fonction des circonstances de l'espèce, être considéré comme ayant toujours sa résidence habituelle dans son État d'origine, dans lequel se trouvait le centre des intérêts de sa vie familiale et sociale ».

Le règlement « Régimes matrimoniaux » du 24 juin 2016 prévoit qu'à défaut de convention sur le choix de la loi applicable, le critère de rattachement premier de 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 (art. 26).

Il faut remarquer que c'est la notion de résidence et non de domicile qui est utilisée ; la première est une appréciation de fait alors que la seconde est une notion juridique. En l'absence de définition, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne vient apporter des réponses (57).

§ II Le cas de pluralité de facteurs de rattachement

La pluralité de facteurs de rattachement se trouve en présence de deux domiciles ou de deux ou plusieurs nationalités. Dans ces cas, à quelle loi rattache-t-on le conflit de lois ? **1063**

En présence de deux domiciles, la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires précise dans son article 9 que : « Chaque État contractant peut se réserver (...) le droit de déterminer selon la loi du for le lieu dans lequel le testateur avait son domicile ». Ici la convention renvoie à la loi nationale pour la définition du critère de rattachement.

En présence de plusieurs nationalités, la solution consacrée par la Convention de La Haye du 12 avril 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité était la suivante :

- soit l'individu possédait la nationalité de l'État du juge ou du notaire ; le juge ou le notaire appliquait la loi du *for* conformément à l'article 3 qui stipulait : « Un individu possédant

(57) CJCE, 17 févr. 1977, aff. C-76/76, *Di Paolo* c/ *Office national de l'emploi*. – CJCE, 23 avr. 1991, aff. 297/89, *Rigsadvokaten* c/ *Ryborg*.

deux ou plusieurs nationalités pourra être considéré, par chacun des États dont il a la nationalité, comme son ressortissant » ;
- soit l'individu résidait dans un État tiers à l'une de ses nationalités ; le juge ou le notaire devait le traiter comme s'il n'avait qu'une nationalité, et pouvait reconnaître exclusivement, parmi les nationalités que possédait cet individu, soit la nationalité du pays dans lequel il avait sa résidence habituelle et principale, soit la nationalité la plus effective (art. 5).

1064 Des solutions récentes préconisent de prendre, même lorsque la nationalité du *for* est en question, la nationalité selon les finalités propres de la règle applicable. Dans l'arrêt *Dujacque* rendu le 22 juillet 1987 (58), les juges de la Cour de cassation, en présence d'un couple et de leur enfant tous binationaux français et polonais, ont appliqué une convention franco-polonaise à la question du droit de garde de l'enfant franco-polonais, « bien qu'au regard de la loi française, toutes les parties en cause fussent françaises ».

La jurisprudence européenne est venue condamner à plusieurs reprises le choix de la loi du *for* lorsque les deux nationalités en cause sont celles d'États membres de l'Union. En effet la Cour décide, sur le fondement de la liberté de circulation, que les individus peuvent choisir la loi de l'une de leurs nationalités même si ce n'est pas la loi du *for* ni celle la plus effective (59).

§ III Le cas d'absence de facteur de rattachement

1065 Cette absence de facteur de rattachement peut avoir trois causes :
- soit le rattachement n'existe pas : par exemple la règle de conflit dite « loi de nationalité commune » ; or, celle-ci n'existe pas ;
- soit le rattachement existe mais n'est pas connu : par exemple s'agissant d'un bien meuble corporel, la règle est celle de la localisation ; or, la situation géographique du bien n'est pas connue ;
- soit le rattachement ne permet pas de désigner un ordre juridique : citons pour exemple un bien se trouvant dans un espace non soumis à la souveraineté d'un État (haute mer) ou un bien disputé par deux États (60).

La solution sera alors d'appliquer soit le rattachement subsidiaire s'il existe, soit la règle substantielle du *for*. En France, le rattachement est la nationalité commune à défaut le domicile commun, à défaut la loi du *for*.

Sous-section II Le rattachement subjectif

1066 Le droit international privé connaît un essor important de l'autonomie de la volonté. Cet essor est tel que certains auteurs se demandent jusqu'où elle peut aller (61). Les parties peuvent désigner, dans certains cas, la loi applicable à leur rapport de droit.

Ce rattachement choisi par les parties sera étudié tout d'abord dans sa raison d'être **(§ I)** puis dans son étendue **(§ II)**.

(58) Cass. 1re civ., 22 juill. 1987, *Dujacque*, commenté dans l'article de P. Lagarde, *Vers une approche fonctionnelle du conflit de nationalités : Rev. crit. DIP* 1988, 29.
(59) CJCE, 2 oct. 2003, aff. C-148/02, *Carlos Garcia Avello : JurisData* no 2003-400027. – CJCE, 16 juill. 2009, aff. C-168/08, *Iaslo Hadadi* c/ *Csilla Marta Mesko Épse Hadadi : JurisData* no 2009-005329.
(60) P. Mayer, *Droit international privé. La méthode du conflit de lois*, LGDJ, 11e éd., p. 139.
(61) H. Gaudemet-Tallon, *L'autonomie de la volonté : jusqu'où ?*, in *Mél. P. Mayer*, LGDJ-Lextenso, 2015.

§ I La raison d'être du rattachement subjectif

Les parties désignent la loi qu'elles estiment la plus juste à leur relation **(A)** et qui sert leurs intérêts matériels **(B)**. **1067**

A/ Le choix de la loi la plus juste

Les parties ne souhaitent pas que le juge procède à la localisation de leur rapport. C'est la raison pour laquelle elles choisissent la loi la plus proche de leur situation, pour que celle-ci réponde à leurs attentes. La localisation objective du siège du rapport de droit peut poser des difficultés ainsi qu'on l'a vu ci-avant. **1068**

En matière d'obligations, par exemple, la solution retenue est d'appliquer la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir **la prestation caractéristique** a sa résidence habituelle. Avant de connaître la loi applicable, il faut parfaitement connaître les prestations auxquelles se sont obligées les parties et savoir les valoriser pour déterminer celle qui serait caractéristique de la relation. Alors que le rattachement subjectif ne nécessite pas la maîtrise de la prestation caractéristique. En laissant le choix aux parties, on les laisse juge des éléments importants de leur relation.

On laisse surtout aux parties le choix de la loi qui va le mieux servir leurs intérêts matériels.

B/ Le choix de la loi qui sert les intérêts matériels

Les parties vont choisir la loi la plus permissive pour elles et/ou celle dont l'application par exemple sera la moins onéreuse. Prenons l'exemple d'une personne mariée à l'étranger après 1992 et vivant en France avec des enfants mineurs. Si le couple veut changer de régime matrimonial, il doit passer par une homologation judiciaire alors que s'il désigne, conformément à l'article 6 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, une autre loi et par la même un autre régime, il n'a pas besoin d'homologation judiciaire. **1069**

Dans le même sens, une personne peut choisir la loi applicable à sa succession pour obtenir un résultat matériel précis. Ce choix n'aura pas le même intérêt pour l'ensemble des héritiers. Le choix peut porter sur une loi qui permet une plus grande liberté de tester par exemple, ou plus de droits pour le conjoint au détriment des enfants. **1070**

En matière délictuelle, l'article 14 du règlement Rome II dispose que les parties peuvent choisir la loi applicable à leur obligation non contractuelle par un accord postérieur à la survenance du fait générateur du dommage. Ce choix de loi peut même être antérieur à la survenance du fait générateur entre deux commerçants. **1071**

§ II L'étendue du rattachement subjectif

La matière contractuelle est celle qui a permis la première à l'autonomie de la volonté de s'exprimer dans ce domaine **(A)**, puis cette liberté s'est propagée aux autres matières **(B)**. **1072**

A/ La matière contractuelle : zone de liberté historique

L'Homme est libre de s'obliger ou non. Les parties détermineront librement le contenu et l'étendue de leurs obligations dans un contrat. **1073**

En 1525, Dumoulin, dans la consultation déjà citée (V. *supra*, n° 1009) qu'il avait réalisée pour les époux de Ganay, énonçait que c'est la volonté des parties qui détermine la loi

applicable à leur régime matrimonial (62) : « La loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée », a jugé la Cour de cassation dans un arrêt *American trading* (63).

B/ La propagation aux autres matières

1074 En matière successorale, il existait deux systèmes de règlements : les systèmes unitaires qui rattachaient l'ensemble de la succession à une seule loi, et les systèmes scissionnistes qui rattachaient la succession mobilière à une loi et celle immobilière à une autre.

Le règlement européen sur les successions permet désormais l'application d'une seule loi localisée objectivement ou subjectivement par les futurs défunts.

1075 Plus récemment, les deux règlements européens en date du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés permettent aux couples de choisir la loi applicable à leur union. Mais ces règlements vont au-delà d'une liberté, il s'agit bien de primauté ; la localisation objective ne se fera qu'à défaut de choix de loi par les parties.

Section II La modification du rattachement

1076 La première étape était donc celle d'identifier l'élément de rattachement pour désigner la loi applicable. Mais il arrive parfois que cet élément de rattachement ait été modifié, soit par un déplacement spatial soit par un changement de nationalité. Cette modification peut intervenir normalement au cours de la vie **(Sous-section I)**, ou dans le dessein de frauder la règle de conflit **(Sous-section II)**.

Sous-section I La modification « normale » du critère

1077 Avant de donner quelques exemples de modifications « normales » **(§ II)**, il y a lieu de la distinguer d'autres situations qui s'en approchent **(§ I)**.

§ I Distinctions avec d'autres situations qui s'en approchent

1078 Il ne faut pas confondre le changement du rattachement, appelé « conflit mobile », avec **le changement de la règle de conflit** elle-même qui change le critère de rattachement. En effet, le législateur peut modifier une règle de conflit, comme par exemple celle de la loi applicable à la succession. La succession n'est plus soumise à deux lois (régime scissionniste) : loi de la dernière résidence du défunt pour les meubles et loi de l'État de situation pour les immeubles. Depuis le règlement européen en matière de successions, une seule loi est applicable à l'ensemble du patrimoine du défunt : celle de la résidence habituelle du défunt au jour de son décès. La question à se poser est celle de l'application de la règle de conflit ancienne ou la nouvelle. Il conviendra de se référer au texte du règlement sur le droit transitoire.

(62) C. Dumoulin (1500-1566), jurisconsulte français.
(63) Cass. civ., 5 déc. 1910 : *Rev. crit. DIP* 1911, 395.

Il faut aussi distinguer le conflit mobile du **changement survenu dans la loi** désignée par la règle de conflit. Par exemple, le rattachement désignait une loi étrangère et cette loi a subi une modification. De nouveau il sera question de choisir la loi ancienne ou la loi nouvelle. **1079**

Ceci précisé, il est possible d'étudier des cas de conflits mobiles.

§ II Exemples de conflits mobiles

Le conflit mobile nécessite la présence d'un critère de rattachement qui peut changer, à savoir pour un **bien meuble** son déplacement. Ce qui exclut les biens immeubles de ce régime. Ce peut être aussi pour les personnes un changement de **nationalité** ou de **résidence**. **1080**

La conséquence est un changement de loi applicable : une loi était applicable à la situation ancienne, et aujourd'hui par suite de la modification d'un critère de rattachement, une nouvelle loi est applicable à la situation nouvelle.

La doctrine classique transpose les règles internes du droit transitoire. En application de l'article 2 du Code civil, la nouvelle loi sera immédiatement applicable, elle ne pourra avoir d'effet que pour l'avenir. Par conséquent, elle ne rétroagira pas sur la situation ancienne. Si la nouvelle règle est d'ordre public, seule celle-ci subsiste en droit interne. Il y a une idée d'amélioration de la loi ancienne par la loi nouvelle.

Mais, à la différence du droit transitoire, dans le conflit mobile il n'y a pas de changement dans la loi ; il y a deux lois applicables dans deux ordres juridiques différents. Les juges, dans un arrêt *Verdier* (64), dont les faits sont ci-après rappelés, ont apprécié la règle de conflit en fonction de sa finalité. Ainsi M^lle^ Tasoniero Marcelle, alors de nationalité italienne, donne naissance le 9 août 1940, à une fille, prénommée Gabrielle, qu'elle reconnaît. Puis elle a introduit contre M. Verdier, le 6 août 1942, l'action en déclaration judiciaire de paternité appartenant à l'enfant devant le tribunal de Villefranche-sur-Saône, lequel tribunal, par jugement en date du 30 juin 1943, fait droit à cette demande. M. Verdier interjette appel sur le moyen que l'enfant avait la nationalité italienne au moment de l'introduction d'instance et que la loi interne ne permet pas cette action. Débouté en appel, M. Verdier se pourvoit en cassation. La Cour de cassation juge que : « Dans la poursuite de l'établissement de sa filiation, l'enfant peut se prévaloir des dispositions qui lui sont les plus favorables, et notamment de la nationalité française acquise même pendant l'instance, pour continuer la procédure en cette qualité ».

C'est également une finalité qu'ont recherché les juges dans l'arrêt *Diac*, en appliquant la loi nouvelle (loi française) au véhicule situé en France. Cette automobile avait été achetée en Allemagne au moyen d'un prêt et la propriété dudit véhicule avait été transférée au profit du prêteur de deniers. Puis ce véhicule avait circulé jusqu'en France, lieu de survenance d'un accident. Un conflit juridique avait éclaté entre le garagiste français qui opposait son droit de rétention et le prêteur de deniers allemand qui opposait quant à lui son droit de propriété fiduciaire. Les juges ont appliqué la loi de la nouvelle situation, et ce même rétroactivement pour invalider la prise de garantie réalisée en Allemagne, d'une part parce que ce type de garantie n'existait pas en France, et d'autre part pour protéger les droits des tiers en France.

(64) Cass. civ., 5 déc. 1949, *Verdier : Rev. crit. DIP* 1950, 65, note Motulsky ; *JDI* 1950, 180 ; *JCP* 1950, II, 5285, note Delaume.

Les limites de la transposition des règles internes au conflit mobile ont été éprouvées dans un arrêt *Patino* rendu par la Cour de cassation le 15 mai 1963 (65).

Une jeune Espagnole épouse un Bolivien, M. Patino, et perd sa nationalité. Mme Patino soulève, dans le cadre d'une action en divorce, la question de la nullité du contrat de mariage. Se posent alors la question de la prescription de cette nullité et celle de la loi applicable à cette prescription. Loi ancienne ou nouvelle ? La cour juge que le changement ultérieur du statut personnel de la partie incapable ne peut avoir pour effet de modifier les conditions de fond de la mise en œuvre de la nullité encourue, cette mise en œuvre, et notamment la prescription de l'action destinée à la faire valoir, forme avec l'incapacité originaire et sa sanction un ensemble indissociable, soumis à une unique loi, la loi sous l'empire de laquelle a été conclu le contrat. La loi nouvelle ici n'apporte pas de réponse.

1081 Certains critères de rattachement présentent une fixité temporelle et ne poseront pas cette difficulté de la mobilité : la filiation, par exemple, est soumise à la loi personnelle de la mère *au jour de la naissance de l'enfant*.

Les effets du mariage intégreront un élément temporel pour être en adéquation avec la vie des époux et leur milieu social, seront soumis à la nationalité actuelle des époux et non à celle au jour de la célébration de leur union.

Le rattachement peut aussi être modifié par l'individu lui-même pour frauder une situation.

Sous-section II La modification « frauduleuse » du critère

1082 Un individu modifie un élément de rattachement dans le but d'éluder l'application d'une loi. L'arrêt *Princesse de Bauffremont* (66) est une parfaite illustration de la manipulation d'un critère de rattachement pour éviter l'application d'une loi. Le prince de Bauffremont, de nationalité française, et la princesse de Bauffremont, de nationalité belge à l'origine, et devenue française par son mariage, sont séparés judiciairement de corps. Puis la princesse se rend ensuite dans le duché de Saxe-Altenbourg, où elle s'installe et en obtient la nationalité. La loi de ce duché permet aux personnes de confession catholique (ce qui était le cas de la princesse) d'être considérées comme divorcées après une décision de séparation des corps. Puis la princesse épouse le prince roumain Bibesco, sans avoir préalablement demandé le divorce.

Le prince de Bauffremont demande alors l'annulation du mariage entre le prince Bibesco et la princesse de Bauffremont, se fondant sur la fraude à la nationalité.

La Cour de cassation considérera qu'il y a bien eu une fraude à la loi française, car la princesse a sollicité la nationalité du Saxe-Altenbourg dans l'unique but d'échapper aux prohibitions de la loi française : par conséquent, la naturalisation et le mariage consécutif sont annulés.

La fraude sera étudiée, notamment à travers cette affaire, par ses composantes **(§ I)** et par la réponse qui lui est apportée : l'inefficacité **(§ II)**.

(65) Cass. civ., 15 mai 1963 : *JDI* 1963, p. 996.
(66) Cass. civ., 18 mars 1878, *Princesse de Bauffremont : GAJFDIP*, n° 6.

§ 1 Les composantes de la fraude

1083 La fraude nécessite, on le reverra (V. *infra*, n° 1108) la réunion de trois éléments :
- un élément matériel ;
- un élément intentionnel ;
- un élément légal.

1084 Dans l'affaire *Princesse de Bauffremont*, l'élément matériel qui avait été manipulé était est la nationalité, nationalité qui servait à l'application de la loi en matière de divorce.

Cette manipulation peut également concerner la résidence habituelle, ou encore la situation d'un bien meuble. Dans un espace de libre circulation aujourd'hui élargie, tant le déménagement que le déplacement des objets permettent facilement de modifier le critère de rattachement.

Deux remarques peuvent être apportées à ce sujet :
- s'agissant de la loi applicable à l'immeuble, la manipulation ne sera pas possible, ou seulement indirectement ainsi que la jurisprudence *Caron* le révélera ;
- s'agissant de la tentative de fraude en faisant une fausse déclaration de changement de résidence, elle sera inopérante.

Pour qu'il y ait fraude à la règle de conflit de loi, il faut que la manipulation ait eu lieu.

1085 La jurisprudence *Caron* (67) révèle un cas de manipulation du critère de rattachement en deux temps : une transformation d'un bien immeuble en meuble par un apport d'immeuble à une société civile immobilière (changement de qualification), pour qu'il y ait application du critère de rattachement de la succession mobilière à la loi du domicile du défunt, lequel domicile se trouvait aux États-Unis, pour éviter l'application de la réserve héréditaire française aux immeubles qu'il possédait.

Cette manipulation a également été condamnée par les juges.

1086 La manipulation, pour les actes juridiques, peut consister dans le choix d'un lieu de passation pour éviter certaines règles de publicité.

Le changement d'un critère ne suffit pas, il faut la volonté d'empêcher la mise en œuvre de la loi en principe applicable.

1087 L'intention de frauder doit être présente. Un changement de nationalité n'a rien de frauduleux en soi, si le but est d'être assimilé dans un pays que l'on veut sien. Dans l'affaire de la princesse de Bauffremont, le changement de nationalité avait été fait de manière très rapide et le retour dans le pays avait été quasi immédiat, signe d'un changement frauduleux. Il en est de même de l'affaire *Caron*. La constitution de société civile immobilière n'est en rien anormale ou frauduleuse, dès lors qu'elle a un but d'organisation patrimoniale ou d'optimisation fiscale. Alors que M. Caron n'avait changé la nature immobilière et donc la loi successorale que dans un seul but : celui d'éviter l'application d'une règle impérative française.

1088 Pour que la fraude opère, il faut qu'une loi soit évincée.

La jurisprudence française, pendant longtemps, ne condamnait que la fraude à la loi française. Ainsi dans un arrêt *Macini*, un Italien avait pris la nationalité française uniquement pour divorcer, car sa loi personnelle (italienne) ne l'y autorisait pas. Les juges refusent de condamner cette manipulation et l'éviction de la loi étrangère en indiquant que « les tribu-

(67) Cass. 1re civ., 25 mars 1985, aff. *Caron : Rev. crit. DIP* 1986, p. 66, note Y. Lequette.

naux judiciaires ne peuvent apprécier la régularité et la valeur de l'acte du gouvernement français qui a prononcé la naturalisation ».

Par une première décision en date du 18 juin 1964, affaire *De Gunzburg*, la cour d'appel de Paris a sanctionné la manipulation d'une loi étrangère au profit d'une autre (68). Cette position est confirmée dans une affaire *Giroux* contre *Dame Chartrand*, rendue par la Cour de cassation, dans laquelle les juges ont condamné la fraude à la loi québécoise. En effet, M. Giroux, de nationalité québécoise, s'était rendu aux États-Unis pour obtenir un divorce que sa loi nationale ne lui permettait pas (69).

Dans un arrêt de principe, *Société Lafarge* (70), la Cour de cassation a définitivement adopté le principe de la fraude à la loi étrangère en énonçant qu'il « appartient au juge français de vérifier que les décisions étrangères qui sont soumises à son contrôle n'ont pas consacré une fraude à la loi, notamment en recherchant si les parties n'ont pas volontairement modifié le rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi normalement compétente », sans faire de distinction entre loi française ou étrangère.

§ II La réponse à la fraude : l'inefficacité de l'acte

1089 Le changement de nationalité de la princesse de Bauffremont est valable. Cela signifie que le juge français n'annulera pas sa naturalisation, mais ce changement de nationalité ne lui permettra pas d'être divorcée en France. Il en est de même pour l'affaire *Caron* : la société civile immobilière constituée par ce dernier n'est pas nulle, mais c'est la loi française qui s'appliquera à la dévolution successorale des parts sociales comme elle aurait dû s'appliquer aux immeubles qui lui ont été transférés et la réserve héréditaire sera ainsi respectée.

TITRE II

Les conflits de lois et de juridictions

SOUS-TITRE I

Les conflits de lois

1090 Certaines situations de fait mettent en avant des lois issues de systèmes juridiques différents. La situation de deux Britanniques qui se marient et s'installent en France peut être un exemple. Deux systèmes de lois se proposent et sont envisageables : celui du droit français et celui du droit anglais. Lequel choisir ? Quelle règle mettre en place pour déterminer le système juridique à retenir faute de solution uniforme ou d'identité des droits nationaux ?

(68) CA Paris, 18 juin 1964, aff. *De Gunzburg : JDI* 1964, 810, note Bredin.
(69) Cass. 1re civ., 11 juill. 1977, aff. *Giroux : Rev. crit. DIP* 1978, 149, note Audit.
(70) Cass. 1re civ., 17 mai 1983, aff. *Sté Lafarge*.

Battifol considérait que « la loi n'est jamais qu'une réponse possible à des problèmes universels dans leur généralité parce qu'humains » (71).

Par ailleurs, l'idée de concurrence entre systèmes juridiques induit une idée d'équivalence entre ces systèmes, et donc de choix. Le juge français a la possibilité d'appliquer le droit français ou le droit anglais. La doctrine française admet que les règles mêmes de droit international privé donnent de la hauteur au droit étranger, le rendent pertinent, lui donne de la *relevance* (72). Il peut donc être appliqué par le juge, mais ce dernier ne devra *in fine* retenir qu'un seul système de droit. Les règles mises en place pour le déterminer sont **les règles de conflit de lois**.

L'évolution historique de la construction du droit international privé révèle bien la variété des méthodes. Elle résulte bien souvent de la pensée politique qui prédomine. Aujourd'hui, la théorie des conflits de loi s'est affirmée mais, face aux critiques, elle continue d'évoluer.

CHAPITRE I Les méthodes conflictuelles

Section I Les règles de conflit

1091 Il existe deux approches pour appréhender les règles de conflit de lois. Celle qui a été inspirée par Savigny consiste à déterminer la loi applicable selon des critères objectifs et prédéterminés, bilatéraux et neutres. Elle sera abordée dans un premier temps **(§ I)**.

La seconde correspond à l'approche de l'école statutaire qui a été reprise par les rédacteurs du Code civil. Il s'agit de la méthode unilatérale qui sera précisée dans deuxième paragraphe **(§ II)**.

Les règles de conflit de lois sont aujourd'hui majoritairement bilatérales et exceptionnellement unilatérales. Les critiques de ces deux méthodes ont amené la doctrine et les juges à mettre en place des tempéraments qui seront abordés dans un troisième temps **(§ III)**.

§ I La méthode bilatérale

1092 La règle de conflit dite « bilatérale » désigne aussi bien la loi française que la loi étrangère, qui sont jugées équivalentes. Elle postule l'équivalence de la loi du *for* et de la loi étrangère. Elle ne prend pas parti sur le contenu : elle est neutre, et abstraite. Elle est également indirecte puisqu'elle ne désigne pas le droit applicable, mais le système juridique à mettre en œuvre.

Par exemple, les conditions de fond du mariage (l'âge, la capacité...) sont régies par la loi personnelle des époux. La loi du *for* ou la loi étrangère peuvent tout aussi bien s'appliquer. Par exemple, si monsieur est de nationalité grecque, il faudra qu'il remplisse les conditions de fond de la loi grecque, si madame est de nationalité française, il faudra qu'elle remplisse les conditions de fond de la loi française.

Cette approche a été mise en avant par **Savigny** (73) et aujourd'hui, la plupart des règles de conflit de lois sont de ce type.

(71) Battifol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, rééd. et présenté par Y. Lequette, Dalloz, 2002, n° 54.
(72) Ce terme est utilisé par un auteur italien, Santi Romano.
(73) V. *supra*, n° 1013.

L'article 311-14 du Code civil prévoit que : « La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant ». L'établissement de la filiation de l'enfant est régi par la loi nationale de la mère qui peut être la loi du *for* ou une loi étrangère.

Ces règles ont été jugées les plus appropriées tant au niveau national qu'au niveau international et européen. Elles sont donc les plus usitées en droit international privé.

Cependant, elles ne sont pas dénuées de critiques. L'articulation entre le droit étranger et le droit du *for* peut être difficile. Par ailleurs, il est certain que la connaissance du droit étranger n'est pas toujours aisée, tant pour les parties que pour les juges ou pour le notaire. Enfin, certaines dispositions du droit étranger sont difficilement conciliables avec le système juridique du *for*.

Mais surtout, les principales critiques ont porté sur le caractère abstrait et automatique des règles de conflit (74). De nombreux auteurs remettent en cause la neutralité des règles de conflit de lois, leur caractère « aveugle », notamment David F. Cavers (1902-1988) (75). Cet auteur américain considère que les conflits de lois devraient être résolus en prenant en compte la teneur des lois en présence. Il a mis en place des « principes de référence » conçus comme des préférences de jugement, afin que le juge puisse toujours appliquer les dispositions les plus adaptées au but poursuivi. Selon ces principes, le juge va envisager le contenu des lois en conflit avant de trancher le conflit de lois, afin d'appliquer la loi la plus adaptée au but poursuivi. En matière délictuelle par exemple, le juge tranchera pour la règle de conflit de lois qui permettra d'appliquer la loi permettant la réparation la plus importante pour le demandeur ou permettant la mise en œuvre de la responsabilité du défendeur.

§ II La méthode unilatérale

1093 La méthode unilatérale a pour fondement la souveraineté des États. Elle détermine le champ d'application de la seule loi du *for*. Ainsi une règle de conflit unilatérale française détermine les cas dans lesquels la loi française est applicable. En aucun cas elle ne désigne de loi étrangère.

L'unilatéralisme ne permet pas qu'une règle de conflit puisse désigner, par exemple, la loi allemande. Seules les règles de conflit de lois allemandes pourraient la désigner.

Cette méthode est celle de l'école statutaire (76). C'est également celle adoptée par les rédacteurs de l'article 3, alinéa 3 du Code civil qui ont déterminé le champ d'application de la loi française en ces termes : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ».

Cette règle est donc qualifiée d'unilatérale, car elle ne désigne que l'emprise de la loi française. À noter qu'avec le temps, cette règle s'est bilatéralisée. En effet, la cour d'appel de Paris (77) en 1814 et la Cour de cassation dans un arrêt *Bulkley* (78) ont précisé que « l'état et la capacité des personnes sont soumis à la loi nationale ». Cette règle est devenue bilatérale, car elle désigne la loi française si la personne est française et une loi étrangère si la personne est étrangère.

(74) P. Lagarde, *Le principe de proximité en droit international privé contemporain : RCADI* 1996, p. 1.
(75) D. F. Cavers, *The Choice of Law Process*, 1965.
(76) V. *supra*, n° 1009.
(77) CA Paris, 13 juin 1814 : *GAJFDIP*, n° 1, note 77.
(78) Cass. req., 28 févr. 1860 : *S.* 1861, 1, p. 210, concl. Dupin.

L'article 309 du Code civil, anciennement 310 dudit code, est une autre règle de conflit de lois unilatérale, qui édicte que : « Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française :
- lorsque l'un et l'autre des époux ont la nationalité française ;
- lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français ;
- lorsqu'aucune loi étrangère ne se reconnaît compétente, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps » (79).

De même, l'article 370-4 du Code civil dispose que : « Les effets de l'adoption prononcée en France sont ceux de la loi française ».

§ III L'évolution des règles de conflit de lois

1094 Aujourd'hui, face aux critiques, la méthode classique tend à se rénover par l'utilisation d'autres procédés comme les principes de la proximité **(A)**, de l'autonomie de la volonté des parties **(B)** et par des règles à coloration matérielle **(C)**.

A/ Le principe de la proximité

1095 Le principe de proximité s'adresse au législateur et l'encourage à définir des critères qui prennent mieux en compte les liens entre une situation juridique et les critères de rattachement. L'idée étant qu'un critère unique pour définir une catégorie de rapport de droit peut être insuffisant (80). Ainsi, la notion de résidence habituelle aujourd'hui utilisée notamment dans le règlement « Successions » semble quelque peu inadaptée, compte tenu des modes de vie de certains citoyens. Une même personne peut aujourd'hui vivre à Paris et à Saint-Barthélemy, à Los Angeles ou à Gstaad. Le critère d'une résidence habituelle unique ne semble plus adapté, car difficile à manier. Ne serait-il pas opportun dans ce cas de dégager une nouvelle règle de rattachement qui prendrait en compte la multiplicité des résidences ?

Le principe de proximité s'adresse également aux juges en leur donnant la possibilité de choisir, au sein d'une règle de conflit, la loi dont la proximité est la plus évidente. Il a été mis en évidence par le professeur Paul Lagarde (81).

La construction jurisprudentielle de ce principe est à souligner. Elle était venue se substituer au législateur. Cette idée était dans la droite ligne de la pensée savignienne, réadaptée à notre société contemporaine. Le juge est autorisé à finalement retenir la loi qui entretient les liens les plus étroits avec la situation dans le cadre de son pouvoir modérateur dont il doit faire un usage circonstancié (82).

1096 Ce principe de proximité intervient aussi par le jeu de **la clause dite « d'exception »**, présente dans des conventions internationales et des règlements européens. Voici quelques exemples :
- le règlement Rome II sur les obligations non contractuelles, qui dispose à son article 4-3 que : « S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique. Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays

(79) À noter l'entrée en vigueur du règlement (UE) n° 1259/2010 du 20 décembre 2010, mettant en œuvre une coopération renforcée avec certains membres de l'Union européenne, dont la France, V. *infra*, n° 1138.
(80) M.-L. Niboyer, *Droit international privé*, LGDJ, 6e éd. 2017, p. 186.
(81) Classification présentée dans son cours à l'Académie de droit international, P. Lagarde, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain : RCADI* 1986-1, t. 196.
(82) M.-L. Niboyet, *Droit international privé*, LGDJ, 6e éd. 2017, p. 186.

pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question » ;

- le règlement nº 650/2012 sur les successions internationales dispose dans son article 21-2 que : « Lorsque, à titre exceptionnel, il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que, au moment de son décès, le défunt présentait des liens manifestement plus 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 ».

  La mise en œuvre de ce principe a été très fortement influencée par le système dit de la *proper law* , ou du « centre de gravité ». Cette méthode est originaire des États-Unis et trouve son inspiration dans le système de la *common law* et de son raisonnement inductif qui consiste à généraliser à partir de précédents, en observant les analogies. C'est une méthode plus factuelle. Aux États-Unis, cette méthode a rencontré un certain succès. En Europe, certains pays ont été plus influencés que d'autres.

Le système de la *proper law* repose sur un plus large pouvoir des juges et regroupe plusieurs variantes. Trois techniques fréquemment utilisées aux États-Unis peuvent être exposées :

- la technique du groupement des points de contact. Il s'agit de déterminer *in concreto* l'État dans lequel est localisé le centre de gravité effectif de la situation ;
- la doctrine de l'analyse des intérêts gouvernementaux. Le juge doit déterminer les intérêts étatiques en présence dans chaque cas d'espèce et en tirer les conséquences pour déterminer la loi nationale qui aura le plus intérêt à s'appliquer (83) ;
- la doctrine de la justice dans chaque décision, développée par David. F. Cavers, qui consiste à déterminer la loi applicable en fonction du résultat de chaque loi nationale potentiellement applicable. La loi finalement appliquée est celle que le juge considérera la plus juste. Ainsi, en matière de responsabilité civile, la loi retenue est celle qui est la plus protectrice pour le demandeur (84).

B/ L'essor de l'autonomie de la volonté

1097 Par ailleurs, **le principe de l'autonomie** se développe et est venu se substituer à de nombreuses règles de rattachement objectives. La nouveauté vient du fait qu'il s'est d'abord appliqué à la matière contractuelle. Aujourd'hui, il progresse dans d'autres secteurs juridiques, comme en matière délictuelle ou encore en droit de la famille (85).

Le règlement nº 864/2007, dit « Rome II », sur les obligations non contractuelles prévoit que :

« 1. Les parties peuvent choisir la loi applicable à l'obligation non contractuelle :

a) par un accord postérieur à la survenance du fait générateur du dommage ;

ou *b)* lorsqu'elles exercent toutes une activité commerciale, par un accord librement négocié avant la survenance du fait générateur du dommage.

Ce choix est exprès ou résulte de façon certaine des circonstances et ne porte pas préjudice aux droits des tiers ».

(83) B. Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, 1963.

(84) Principe de préférence: D. F. Cavers, *The Choice of Law Process*, 1965. – V. égal. D. F. Cavers, *The Value of Principled Preference*, 49 Tex. L. Rev. 211 (1971).

(85) A. Pannet, H. Fulchiron et P. Wautelet (ss dir.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruylant, 2017.

Il progresse dans le domaine du droit patrimonial de la famille. Le règlement n° 1259/2010, dit « Rome III », prévoit que si les époux sont d'accord, ils pourront choisir la loi applicable à leur divorce ou à leur séparation de corps. À défaut de choix par les parties, le règlement détermine la loi applicable. Le règlement offre aux époux une grande flexibilité et les lois susceptibles d'être choisies seront celles avec lesquelles ils ont des liens étroits.

Selon l'article 5, les lois susceptibles d'être choisies sont les suivantes :
a) « la loi de l'État de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention, ou ;
b) la loi de la dernière résidence habituelle des époux pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention, ou ;
c) la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention, ou ;
d) la loi du for ».

Le règlement donne un pouvoir accru à la volonté des parties, ce qui était encore très inconcevable il y a quelques années dans ce domaine. Il encadre néanmoins cette volonté des parties en visant les systèmes juridiques qu'elles ont la faculté de choisir.

C/ Les règles à coloration matérielle

1098 La méthode classique, qui a pris en compte les principes de proximité et d'autonomie, a également évolué en mettant en place des règles à coloration matérielle. L'objectif ici est de répondre aux critiques faites aux règles de conflit de lois quant à la neutralité des règles.

Ces règles, appelées aussi « règles de conflit à caractère substantiel » ou « règles semi-matérielles » sont neutres, mais cette neutralité n'est qu'apparente, car elles prennent en compte le résultat que l'on souhaite obtenir.

A priori, ces règles ne sont pas matérielles, mais elles sont bien des règles de conflit de lois, car elles fonctionnent avec des critères de rattachement. Cependant, derrière ces règles, il existe un objectif. Il s'agit soit de protéger une partie avec des règles de conflit hiérarchisées ou cumulatives, soit de valider le plus largement possible une situation, avec des règles de conflit alternatives. Ces règles ne sont donc pas totalement neutres. Elles cherchent à atteindre un objectif.

Un des objectifs poursuivis par ces règles est le souci de ne pas remettre en cause une situation. Ainsi, la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les dispositions testamentaires prévoit plusieurs éléments de rattachement possibles, afin de trouver au moins une loi permettant de valider les conditions de fond d'un testament. Ces règles de conflit sont **alternatives**. Il s'agit ici de pouvoir valider le plus largement possible les testaments quant à leur forme. Ces règles de conflit ont donc une approche fonctionnelle, la validation des dispositions testamentaires par la mise en place d'un principe de faveur.

L'article premier dispose qu'« une disposition testamentaire est valable quant à la forme si celle-ci répond à la loi interne :
a) du lieu où le testateur a disposé, ou ;
b) d'une nationalité possédée par le testateur, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès, ou ;
c) d'un lieu dans lequel le testateur avait son domicile, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès, ou ;

d) du lieu dans lequel le testateur avait sa résidence habituelle, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès ;
e) pour les immeubles, du lieu de leur situation ».

Un autre exemple peut être donné par la convention de Rome, dite « Rome I », qui fixe comme principe l'autonomie de la volonté. Cependant, la convention prévoit également que dans certains domaines comme celui de la protection due au consommateur contractant, ce principe d'autonomie de la volonté ne peut pas conduire à priver le consommateur de la protection de sa loi nationale.

1099 Les règles de conflit à coloration matérielle peuvent être **hiérarchisées** afin de protéger certaines parties. Une règle prioritaire est définie. Si celle-ci ne permet pas d'obtenir le résultat souhaité, une autre règle est prévue, et ainsi de suite. L'ordre établi par le texte doit être respecté.

C'est le cas par exemple de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Dans son article 4, la convention prévoit que : « La loi interne de la résidence habituelle du créancier d'aliments régit les obligations alimentaires visées à l'article premier. En cas de changement de la résidence habituelle du créancier, la loi interne de la nouvelle résidence habituelle s'applique à partir du moment où le changement est survenu ». Son article 5 édicte que : « La loi nationale commune s'applique lorsque le créancier ne peut obtenir d'aliments du débiteur en vertu de la loi visée à l'article 4 ». Son article 6 précise que : « La loi interne de l'autorité saisie s'applique lorsque le créancier ne peut obtenir d'aliments du débiteur en vertu des lois visées aux articles 4 et 5 ».

C'est aussi le cas des dispositions prévues aux articles 3 et 4 du Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, qui retient la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier ou, pour certains créanciers, la loi du *for* lorsqu'il ne peut pas obtenir d'aliments en vertu de cette première loi.

1100 Enfin, les règles peuvent également être **cumulatives**. Il est nécessaire dans ce cas que plusieurs critères soient respectés. En multipliant les conditions, on tente d'éviter qu'un résultat puisse être atteint ou l'on tente de limiter sa mise en œuvre.

Il en va ainsi, par exemple, de l'article 370-3 du Code civil qui précise que : « Les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant ou, en cas d'adoption par deux époux, par la loi qui régit les effets de leur union. L'adoption ne peut toutefois être prononcée si la loi nationale de l'un et l'autre époux la prohibe. L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France. (...) ».

Ce texte exige que plusieurs lois valident le principe de l'adoption et, en conséquence, restreint sa mise en œuvre.

Section II L'aménagement de la méthode conflictuelle

1101 Cette évolution des règles de conflit de lois répond aux limites énoncées ci-avant de la méthode classique définie par Savigny. Parfois, il est nécessaire d'aller encore plus loin soit en aménageant la méthode conflictuelle, soit en appliquant des méthodes correctives **(§ I)** par le renvoi **(A)**, l'exception d'ordre public en matière internationale **(B)** ou la sanction de la fraude à la loi **(C)**, ou encore en empêchant le raisonnement conflictuel. La doctrine parle

alors de méthodes concurrentes **(§ II)** (86) que sont les lois de police **(A)** et les règles matérielles **(B)**.

§ I Les méthodes correctives à l'application de la règle de conflit de lois

A/ Le renvoi

La question du renvoi ne sera que très brièvement évoquée dans la mesure où la pratique notariale est principalement concernée dans deux matières : la *lex societatis* et, de façon très limitée aujourd'hui, les successions. Il est néanmoins utile de rappeler les principes généraux **(I)** avant d'évoquer le renvoi en matière notariale **(II)**. **1102**

I/ Les principes généraux

Les différents systèmes juridiques utilisent des règles de conflit de lois nationales et la divergence des rattachements utilisés par chaque pays est à l'origine de conflits. Il s'agit d'un conflit entre deux systèmes de droit international privé. En l'occurrence, ce n'est pas un renvoi de compétence juridictionnelle, mais bien un renvoi qui porte uniquement sur la loi applicable. Pour donner un exemple, un juge français est saisi d'une question de statut personnel qui implique un Anglais domicilié en France. La règle de conflit de loi désigne la loi nationale, soit la loi anglaise, mais cette dernière désigne la loi du domicile, soit la loi française. La question se pose de savoir si le juge français doit accepter le renvoi de la règle de conflit anglaise à la loi française. Le renvoi peut être au premier degré (la loi du *for* désigne une loi étrangère et la loi étrangère désigne la loi du *for*) ou au second degré (la loi du *for* désigne une loi étrangère qui désigne une loi tierce que le juge du *for* accepte). Cette matière a fait l'objet d'un bouillonnement doctrinal pendant des années mais il ne sera repris en l'espèce que le droit positif. **1103**

La jurisprudence a admis le renvoi au premier degré par l'arrêt *Forgo* (87) qui a été confirmé dans un arrêt *Soulié* (88) en étendant cette acceptation au renvoi au deuxième degré dans un arrêt *Marchi* (89) Le renvoi s'impose au juge qui doit le mettre en œuvre, si besoin d'office (90).

Les seules limites sont, d'une part, la mise en œuvre de la loi d'autonomie, qui est exclusive de tout renvoi (cette solution a été consacrée par la Cour de cassation dans un arrêt *Mobil North Sea*) (91) et, d'autre part, par l'application des règles à coloration matérielle (92).

En effet, dans ce dernier cas, la règle a pour objectif de retenir un rattachement permettant d'atteindre un résultat. L'application du renvoi s'avérerait contraire à cet objectif. À noter qu'une incertitude demeure sur l'application du renvoi en matière de filiation. Cette question est évoquée par la troisième commission (93).

(86) B. Haftel, *Droit international privé*, LGDJ, 7e éd. – C. Brière, *Cours de droit international privé*, Gualino, 1re éd.
(87) Cass. civ., 24 juin 1878, *Forgo : S.* 1879, p. 156.
(88) Cass. req., 9 mars 1910 : *Rev. crit. DIP* 1910, 870 ; *JDI* 1910, 888.
(89) Cass. 1re civ., 7 mars 1938 : *Rev. crit. DIP* 1938, 472, note H. Battiffol ; *GAJFDIP*, no 16.
(90) Cass. 1re civ., 21 mars 2000, no 98-15.650, *Ballestrero : Bull. civ.* 2000, I, no 96 ; *Rev. crit. DIP* 2000, p. 399 et s., note B. Ancel.
(91) Cass. 1re civ., 11 mars 1997, *Mobil North Sea : JCP* N 1997, no 30, p. 1048.
(92) V. *supra*, no 1098.
(93) V. *infra*, no 3016.

Enfin, en droit de l'Union européenne et en droit conventionnel, la question se posera rarement de par le processus d'uniformisation mis en place. Le renvoi n'est donc pas à retenir par le notaire français par l'application de textes européens en matière de régimes matrimoniaux, de divorces et séparations de corps, de successions, de contrats et délits, de procédures collectives. Le seul cas de renvoi prévu par un texte européen est le règlement « Successions » du 4 juillet 2012.

En matière conventionnelle, le renvoi est également exclu en matière de contrats, de régimes matrimoniaux, d'accidents de la circulation, de responsabilité du fait des produits, de protection des incapables.

Après ce bref rappel sur les principes jurisprudentiels, les thèmes plus particulièrement concernés par le renvoi en matière notariale sont abordés.

II/ Le renvoi en matière notariale

1104 Le renvoi ne concerne que quelques matières notariales. Il concerne le règlement des successions, de façon limitée, et ce point est abordé en détail par la troisième commission (94) en distinguant son admission pour un décès avant le 17 août 2015 et après cette date.

Il concerne également la *lex societatis* (95). L'arrêt *Banque Ottoman* (96) illustre parfaitement cette question. Une banque étrangère se livrait à des opérations bancaires sur le territoire français. Son siège social statutaire se situait en Turquie et son siège social réel était situé au Royaume-Uni. Le litige portait sur les obligations d'informations dues par la personne morale à ses actionnaires. Celles-ci n'avaient pas la même étendue selon que l'on appliquait la loi anglaise ou la loi turque. Ces questions relèvent de la *lex societatis*. Il fallait en conséquence déterminer si la société était de loi française, de loi anglaise ou de loi turque. La cour d'appel de Paris a précisé que la *lex societatis* était la loi du siège réel, soit la loi anglaise. Or, le système juridique anglais n'est pas fondé sur la théorie du siège, mais sur la théorie de l'incorporation. La loi anglaise a donc décliné sa compétence au profit de la loi turque. Celle-ci détermine la *lex societatis* par la loi d'immatriculation. La loi turque a accepté sa compétence. La cour d'appel a en l'espèce accepté le renvoi. La portée du renvoi dans ce domaine a longtemps été limitée, car les systèmes juridiques retenaient majoritairement la loi du siège. Depuis une dizaine d'années, beaucoup de systèmes européens ont abandonné la théorie du siège pour adopter la théorie de l'incorporation pour des raisons de simplicité. Cette jurisprudence va donc en principe trouver une nouvelle jeunesse.

Le renvoi est un correctif à la règle de conflit de lois. La loi du *for* intègre un autre correctif, par l'application de la notion d'ordre public international.

B/ L'ordre public français en matière internationale

1105 À titre liminaire, il faut préciser la notion d'ordre public français en matière internationale. Cette notion maintient le raisonnement conflictuel. Ce n'est que parce que le résultat concret de la loi étrangère heurte la conception française que la loi étrangère est écartée, au contraire des lois de police (97) qui sont d'application immédiate. L'ordre public international permet de corriger l'application des règles de conflit de lois, qui sont, comme cela a

(94) V. *infra*, nos 3411 à 3418.
(95) V. *infra*, no 2263.
(96) CA Paris, 3 oct. 1984.
(97) V. *infra*, no 1109.

déjà été évoqué, abstraites et neutres (98). Si les conséquences de l'application de la loi étrangère sont inacceptables pour le droit du *for*, le juge opposera l'ordre public qui mènera à l'éviction de la loi étrangère normalement compétente et à l'application de la loi du *for* au titre de sa vocation générale subsidiaire.

La Cour de cassation vient également de préciser (99) 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 ».

L'arrêt *Lautour* (100) a précisé que la loi étrangère ne devait pas « heurter des principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue ». Aujourd'hui, le critère retenu s'apparente à « la défense des grands principes à portée universelle et la sauvegarde d'une politique législative française » (101).

La Cour de cassation précise que les principes essentiels du droit français sont en particulier illustrés dans le domaine de l'état des personnes et du droit de la famille.

La conception française de l'ordre public international est aujourd'hui fortement influencée par la Convention européenne des droits de l'homme, par la Charte de l'Union européenne (vérifiée à l'aune du principe de la proportionnalité) ou encore par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), parfois directement visée par la Cour de cassation. Cette notion s'est fortement européanisée. Elle s'est renouvelée en fonction de l'évolution sociologique de notre société et a accompagné les grandes évolutions législatives. Ainsi, en matière de divorce, le droit français l'a d'abord ignoré, au contraire d'autres législations. Puis le droit français a admis le divorce pour des causes limitées et a exclu le divorce pour consentement mutuel, jusqu'en 1975. Plus récemment, s'agissant du mariage de personnes du même sexe, le rejet autrefois de lois étrangères plus libérales a été introduit dans le droit du *for*. La conception française de l'ordre public international a suivi cette évolution.

1106 L'arrêt *Patino* (102) a précisé les effets de l'application de l'ordre public international. La loi étrangère est écartée pour lui substituer la loi française. Cependant, cette substitution devrait être limitée à la disposition contraire à l'ordre public. Cette question a été abordée par la Cour de cassation sur la notion de réserve : l'ordre public international ne peut être mis en œuvre que lorsque la loi étrangère l'ignore et « conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels », laissant les héritiers dans le besoin. Cette question est abordée plus longuement par la troisième commission (103).

1107 La jurisprudence *Rivière* (104) a mis en avant **la notion d'ordre public atténué** en admettant que la notion d'ordre public soit tempérée en fonction du moment et du lieu où est née la situation à l'origine du litige. Dans cet arrêt, la cour a considéré que le divorce prononcé selon une loi étrangère qui admettait le divorce par consentement mutuel devait être reconnu en France (ce type de divorce n'était pas possible dans notre pays à cette époque). « La réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il

(98) V. *supra*, n° 1013.
(99) Cass. 2e civ., 27 sept. 2017, nos 16-13.151 et 16-17.198 : *JCP* G 2017, p. 2117, C. Nourissat et M. Revillard.
(100) Cass. 1re civ., 25 mai 1948 : *D.* 1948, 357, note P. Lerebours-Pigeonnière : *S.* 1949, 1, 21, note J.-P. Niboyet.
(101) Rapp. C. cass. 2013, p. 199.
(102) Cass. 1re civ., 15 mai 1963, 1er arrêt : *GAJFDIP*, n° 38.
(103) V. *infra*, n° 3422.
(104) Cass. 1re civ., 17 avr. 1953, *Rivière : Rev. crit. DIP* 1953, p. 412 et s., note H. Battifol.

s'agit de laisser produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français. »

MM. Bernard Ancel et Yves Lequette (105) justifient l'effet atténué des exigences de l'ordre public par deux éléments : l'élément spatial (la situation est née à l'étranger) et l'élément temporel (la situation est déjà née, il s'agit simplement de reconnaître ses effets en France). L'effet atténué de l'ordre public international revient finalement à appliquer la loi étrangère.

La jurisprudence, influencée par la doctrine, a mis en avant **une notion d'ordre public de proximité**, qui tend à renforcer les effets de l'ordre public atténué. Le critère spatial n'est pas suffisant pour mettre en œuvre un ordre public atténué, il faut également prendre en compte les liens réellement entretenus avec le *for* (le droit allemand appelle ce lien : *Inlandsbeziehung*). Ces liens peuvent notamment être constitués par la nationalité ou le domicile de l'une ou de l'autre partie. D'autres critères factuels peuvent aussi être retenus. Ainsi, en matière de filiation, les conséquences de l'application d'une loi étrangère dont l'application ne permet pas l'établissement de la filiation n'est pas contraire en soi à l'ordre public. Cependant, si la situation concerne un enfant français ou domicilié en France, la notion d'ordre public de proximité conduira le juge français à appliquer la loi française au titre de sa vocation générale subsidiaire.

Il peut cependant paraître choquant que l'ordre public international soit plus ou moins mis en avant, selon la proximité de la situation juridique, et ce d'autant plus que l'ordre public protège les valeurs fondamentales. L'interrogation de Mme Horatia Muir Watt et M. Dominique Bureau (106) peut ici être reprise : « Y a-t-il paradoxe à reconnaître la relativité de valeurs qualifiées par ailleurs d'essentielles, ou est-ce au contraire manquer de respect à l'égard de l'altérité que de ne pas doser la vocation de valeurs culturelles du for ? ».

Enfin, un dernier correctif peut également être utilisé par les sanctions prévues en cas de fraude à la loi.

C/ La fraude à la loi

1108 La théorie de la fraude à la loi, déjà évoquée comme exemple déviant de la modification de l'élément de rattachement (V. *supra*, n° 1053), a été fondée par le célèbre arrêt *Princesse de Bauffremont* (107).

On rappellera que dans cette affaire, le prince et la princesse de Bauffremont, de nationalité française, étaient séparés de corps judiciairement. La princesse souhaitait pouvoir se remarier avec le prince de Bibesco. Or, à cette époque, le droit français ne permettait pas à un époux dans cette situation juridique de divorcer. Elle décida donc de fixer son domicile dans le Duché de Saxe-Altenbourg afin d'y obtenir la nationalité allemande. Le droit allemand lui ouvre le divorce. Elle peut donc épouser le prince Bibesco. Cependant, les tribunaux français, saisis par le prince de Bauffremont, décident que les actes faits en fraude de la loi française (acquisition de la nationalité) ne lui étaient pas opposables et le second mariage est annulé.

L'arrêt *Lafarge* du 17 mai 1983 (108) a précisé la notion. Pour qu'il y ait fraude, il faut que les parties aient « volontairement modifié un rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi normalement compétente ».

(105) B. Ancel et Y. Lequette : *GAJFDIP*, n° 26, p. 242.
(106) *Droit international privé*, t. I, Partie générale, PUF, 4e éd., p. 558.
(107) Cass. civ., 18 mars 1878, *Princesse de Bauffremont : JCP* G 1982, IV, 305 ; *Bull. civ.* 1982, I, n° 224.
(108) Cass. 1re civ., 17 mai 1983, n° 82-11.290, *Lafarge*.

Trois éléments sont nécessaires.

L'élément matériel : la manipulation d'un élément de rattachement, tel que la nationalité ou la résidence habituelle ainsi que cela a été le cas dans l'affaire *Princesse de Bauffremont*. Il peut également résulter de la manipulation de la qualification d'un bien. Ce fut le cas d'affaire *Caron* (109). M. Caron, de nationalité française, domicilié aux États-Unis, possède notamment des immeubles en France. À cette époque, la loi applicable était la loi du dernier domicile pour les meubles, et la loi de situation pour les immeubles. Afin d'échapper à la réserve héréditaire connue en droit français, M. Caron apporte les immeubles à une société civile immobilière, afin que les parts sociales, biens meubles, se trouvent soumises à la loi du dernier domicile, les États-Unis, qui ne connaissent pas la réserve. La Cour de cassation a retenu en l'espèce la fraude à la loi, par la modification de l'élément de rattachement dans le seul but d'éluder l'application de la loi compétente.

L'élément intentionnel : la démarche est entreprise dans le seul but d'échapper à la loi normalement applicable.

L'élément légal : le fraudeur cherche à échapper à une disposition du droit du *for* (interdiction de divorce dans le cas de l'affaire *Princesse de Bauffremont*) ou à une disposition du droit étranger applicable selon les règles de conflit de lois.

La sanction de la fraude est en principe l'inopposabilité de l'acte frauduleux (110). Mais cette sanction est quelquefois inappropriée, notamment lorsque la situation est constituée et que l'intérêt d'un tiers est en jeu.

À noter qu'aujourd'hui, dans un contexte d'européanisation, cette notion est de plus en plus difficile à cerner. D'une part, le principe de l'autonomie de la volonté est largement pris en compte dans les règlements européens. D'autre part, le principe de la libre circulation entre États membres est protégé. La mobilité est la règle. Or, la fraude est également fondée sur la notion de mobilité. Il faudra donc insister plus particulièrement sur l'élément intentionnel, qui, dans le cas d'une fraude à la loi, a une place prépondérante. En tant que notaire, il est néanmoins essentiel de prendre en compte cette notion et d'être vigilant dans son activité quotidienne.

Le raisonnement conflictuel peut au besoin être corrigé. Dans certaines situations, il n'est pas du tout mis en œuvre. En amont de tout raisonnement conflictuel, des méthodes concurrentes sont adoptées.

§ II Les méthodes concurrentes

A/ Les lois de police

1109 Les lois de police, encore appelées « lois d'application immédiate » ou « d'application impérative », désignent l'application d'une loi à une situation internationale, sans passer par l'application des règles de conflit de lois. Le raisonnement conflictuel est exclu *a priori*.

Phocion Francescakis (1910-1992) (111) a donné une définition fondée sur le contenu de ces lois : « lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays ». Ces lois seront d'application impérative, quelles que soient les circonstances de l'espèce. Ces lois de police s'expliquent par la finalité qu'elles poursuivent, et non par la matière dans laquelle elles interviennent. C'est le plus souvent à

(109) Cass. 1re civ., 20 mars 1985, nº 82-15.033, *Caron : Rev. crit. DIP* 1986, p. 66, Y. Lequette.
(110) Cass. 1re civ., 15 juin 1982, nº 81-12.611.
(111) *Rép. dr. int.* Dalloz, 1re éd., Vº *Conflit de lois*.

la jurisprudence de la déterminer. Généralement, une loi est qualifiée de police dans des domaines où le juge a voulu protéger une partie faible, comme le salarié, le consommateur, en matière de sous-traitance (112) ou encore dans les domaines où le juge a souhaité assurer le respect de certaines politiques législatives. Ainsi, les règles du régime primaire défini par les articles 212 et suivants du Code civil ont été qualifiées de « règles d'application territoriale » (113). Par exemple, l'article 146-1 du Code civil oblige la présence de deux époux pour leur mariage. Cette règle a pour objectif de lutter contre la pratique des procurations.

En 1999, la Cour de justice de l'Union européenne (114) a précisé la notion de loi de police en utilisant le terme « cruciale » aux lieu et place de « nécessaire » dans la définition de Francescakis. La définition des lois de police semble donc aujourd'hui plus restrictive. Leur application doit rester étroite afin de ne pas remettre en cause le système entier des règles de conflit de lois (115).

Par ailleurs, le droit de l'Union européenne a quelque peu modifié l'approche fonctionnelle des lois de police. En effet, la Cour de justice de l'Union européenne se pose préalablement la question de savoir si l'application d'une loi de police n'est pas susceptible de contrarier les libertés communautaires. En cas d'atteinte disproportionnée aux objectifs des traités, si celle-ci constitue un obstacle limitant la libre circulation des personnes, des services ou des marchandises, les lois de police ne pourront pas s'appliquer.

Les règles de droit communautaire sont parfois elles-mêmes identifiées comme des lois de police européennes. L'arrêt *Ingmar* de la Cour de justice de l'Union européenne a octroyé une telle portée impérative à une disposition protectrice de l'agent commercial issue d'une directive 86/653/CEE du Conseil 18 décembre 1986 (116).

À noter que le règlement Rome I du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles prévoit que lorsqu'une situation contractuelle internationale ne possède de liens qu'avec les pays membres de l'Union, toutes les dispositions impératives issues du droit de l'Union européenne s'appliquent, même si les parties ont choisi de soumettre leur relation à la loi d'un État tiers (117) en se référant à la notion d'intérêts publics.

B/ Les règles matérielles

1110 Ces règles tranchent directement les questions de droit privé au fond. Le raisonnement conflictuel n'est pas utile. Ces règles restent encore très marginales, mais certaines dispositions du droit positif français, internes ou internationales, sont aujourd'hui qualifiées de règles matérielles.

En droit interne, le droit matériel est issu de la loi ou de la jurisprudence.

Est notamment qualifiée de droit matériel interne issu de la loi, la législation sur la nationalité et la condition des étrangers (118). Les articles 171-1 et suivants du Code civil sur les mariages des Français à l'étranger (119), ou l'article 311-15 du Code civil qui permet

(112) Cass. 1re civ., 30 nov. 2007, n° 06-14.006, *Agintis : D.* 2008, p. 753, W. Bayault et S. Lemaire.
(113) Cass. 1re civ., 20 oct. 1987, *Cressot : Rev. crit. DIP* 1988, p. 540, Y. Lequette.
(114) CJCE, 23 nov. 1999, aff. C-369/96 et C-376/96, *Arblade : Rev. crit. DIP* 2000, p. 710, M. Fallon.
(115) Rapp. C. cass. 2017, *Le juge et la mondialisation dans la jurisprudence de la Cour de cassation*.
(116) CJUE, 9 nov. 2000, aff. C-381/98 : *Rev. crit. DIP* 2001, 107.
(117) Règl. Rome I, art. 3 et 4.
(118) V. *infra*, n° 1113.
(119) V. *infra*, n° 1130.

l'application directe des dispositions françaises sur la possession d'état en matière d'établissement de la filiation lorsque les parents et l'enfant ont leur résidence en France (120).

Quelques rares arrêts de la Cour de cassation énoncent des règles qualifiées de « matérielles ». Il s'agit de l'arrêt *Messagerie Maritimes* (121) qui a validé la liberté de choix de la monnaie de compte dans un contrat international, ou encore de l'arrêt *Galakis* (122), qui a décidé que la prohibition de compromettre qui existe pour les personnes morales de droit public en droit interne n'est pas applicable pour les contrats internationaux.

En droit notarial, le seul exemple de règle matérielle est le certificat successoral européen (123).

Au niveau international, diverses conventions édictent des règles matérielles, notamment dans le domaine du commerce international par l'application de la *lex mercatoria* (124), ou encore par la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises.

Ces règles d'origine étatique ou adoptées au niveau international se sont répandues dans toutes les matières de droit privé et pas seulement dans celles qui se trouvent à la lisière du droit privé et du droit public.

CHAPITRE II Présentation des principales règles de conflit de lois

L'objet de ce chapitre est de présenter de façon simplifiée les principales règles de conflit de lois. Il ne s'agit pas de développer les subtilités de la matière, qui seront abordées par les autres commissions, mais seulement de brosser un tableau synthétique afin que le notaire, dans sa pratique quotidienne, puisse prendre rapidement des repères et le guider dans sa démarche. Il a également été convenu de présenter les règles de conflit de lois non pas de façon chronologique, mais en mettant en avant le droit positif – qui est souvent le droit de l'Union. **1111**

Les règles suivantes seront évoquées successivement :
- **les personnes physiques et morales** dans une **section I**, qui reprend, pour les personnes physiques **(Sous-section I)**, les actes d'état civil **(§ I)**, le nom **(§ II)** et la capacité **(§ III)** et pour les personnes morales **(Sous-section II)**, la *lex societatis* ;
- **la famille** dans une **section II** avec les partenariats enregistrés **(Sous-section I)**, le mariage **(Sous-section II)**, la filiation **(Sous-section III)**, la dissolution du mariage **(Sous-section IV)** et les aliments **(Sous-section V)** ;
- **le patrimoine familial** dans une **section III** avec les régimes matrimoniaux **(Sous-section I)** et les successions **(Sous-section II)** ;
- **les obligations** dans une **section IV** ;
- et **les biens** dans une **section V**.

(120) V. *infra*, n° 1134.
(121) Cass. civ., 21 juin 1950, *Messageries Maritimes : Rev. crit. DIP* 1950, p. 609, H. Battifol.
(122) Cass. 1re civ., 2 mai 1966, *Galakis : Rev. crit. DIP* 1967, p. 553, B. Goldman.
(123) V. *infra*, n° 1445.
(124) V. *infra*, n° 1442.

Section I Les personnes physiques et morales

Sous-section I Les personnes physiques

1112 Il s'agit d'une catégorie qui regroupe toutes les questions extrapatrimoniales liées à la personne dans la société. La catégorie de rattachement varie selon les pays. En France, seules les relations d'ordre personnel sont rattachées à cette loi. Elles regroupent le statut individuel, c'est-à-dire les actes d'état civil **(§ I)**, le nom **(§ II)**, ainsi que la capacité et la protection des incapables **(§ III)**. Les relations patrimoniales, comme les régimes matrimoniaux ou les successions, sont rattachées à la famille.

Il faut avoir à l'esprit que tous les pays ne découpent pas les catégories de la même manière. Dans les pays occidentaux à tendance personnaliste, comme l'Allemagne, l'Italie ou l'Espagne, le statut personnel regroupe non seulement les relations d'ordre personnel, comme en France, mais aussi leurs relations patrimoniales. Les pays occidentaux de type *common law* à tendance territorialiste ont une conception plus restrictive du statut personnel. Enfin, pour de nombreux pays d'Afrique noire ou du pourtour méditerranéen, les règles applicables au statut personnel dépendent de la religion ou de l'appartenance à une communauté.

1113 La question de la nationalité est, selon les pays, considérée comme faisant partie de la catégorie du statut personnel. Cependant, elle n'est pas assujettie à des règles de conflit de lois puisque son attribution est donnée par chaque État de façon unilatérale. Les règles qui sont applicables pour déterminer la nationalité ne seront donc pas présentées.

Par ailleurs, le domicile est un élément de rattachement retenu par une règle de conflit et non une catégorie de rattachement comme envisagé par une partie de la doctrine. Cette notion ne sera pas, en conséquence, traitée séparément dans les développements.

1114 Pour la plupart des pays, le statut personnel dépend soit de la loi nationale, soit de la loi du domicile.

Les avantages du rattachement à la loi nationale sont pour l'essentiel la stabilité et une certaine permanence. Il offre également plus de certitudes sur la notion en tant que telle. La nationalité est donnée par la réglementation du pays qui l'octroie. Une partie de la doctrine considère que la loi nationale est la mieux adaptée au tempérament de l'individu (125).

D'autres pays rattachent le statut personnel au domicile, qui implique la prise en compte de différents critères matériels et psychologiques plus difficiles à cerner. Cependant, ce rattachement présente également certains avantages. Il peut plus facilement être commun à tous les membres d'une famille et facilite ainsi son unification. Il favorise l'intégration des individus dans le pays d'accueil et évite la multiplicité des statuts dans un même pays. Cet argument a été particulièrement mis en avant dans les pays d'immigration, notamment en France dans les années 1970 (126).

Les pays occidentaux à tendance personnaliste ont retenu le rattachement à la loi nationale. Il s'agit de l'Allemagne, de l'Italie, de l'Espagne, mais aussi du Luxembourg, des Pays-Bas et de la France. Les pays de *common law* et les pays scandinaves ont retenu la loi du domicile. À noter par ailleurs que cette notion est différente du droit français pour être plus proche de notre conception de la résidence habituelle.

(125) Notamment P. Mancini, V. *supra*, n° 1012.
(126) Notamment par J.-P. Niboyet.

Les pays de grande immigration, tels que les États-Unis, le Canada, l'Australie, mais aussi l'Argentine et le Brésil ont cherché au maximum à intégrer les communautés étrangères à leur propre statut en retenant une théorie territorialiste.

Aujourd'hui, la plupart des traités internationaux en matière de statut personnel ne prennent en compte ni la loi nationale ni la loi du domicile, mais la loi de la résidence habituelle. C'est le cas pour les conventions de La Haye du 5 octobre 1961 sur la protection des mineurs (127) ou la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur les régimes matrimoniaux (128). La Convention de La Haye est donc l'investigatrice de cette notion et, par mimétisme, les règlements de l'Union européenne l'ont très largement reprise, comme par exemple le règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012 (129) sur les successions. Par ailleurs, la tendance actuelle du développement du principe de l'autonomie permet dans certains cas à l'individu d'opter soit pour sa loi nationale, soit pour la loi de son domicile (130).

§ 1 Les actes d'état civil

Les règles de conflit de lois en matière d'état civil sont définies par le Code civil, dans trois articles. **1115**

L'article 3, alinéa 1 du Code civil édicte que : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ».

L'article 47 du Code civil prévoit que : « Tout acte d'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent le cas échéant après toutes vérifications utiles que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ».

L'article 48, alinéa 1 du Code civil ajoute que : « Tout acte de l'état civil des Français en pays étranger sera valable s'il a été reçu, conformément aux lois françaises, par les agents diplomatiques ou consulaires ».

Tous les actes d'état civil (naissance, mariage, décès) des étrangers doivent être déclarés à l'état civil français, comme c'est le cas pour les Français. L'acte d'état civil d'un Français reçu en pays étranger par les agents diplomatiques ou consulaires français est valable, mais leur compétence est facultative. En effet, ces actes peuvent valablement être établis par les autorités étrangères et doivent être transcrits au service de l'état civil de Nantes, rattaché au ministère des Affaires étrangères.

Les actes d'état civil étrangers, actes publics, doivent être légalisés ou faire l'objet d'une apostille pour être authentifiés en France. Cette question sera évoquée par la deuxième commission (131). De nombreuses conventions bilatérales ont été conclues avec divers pays.

La Commission internationale de l'état civil (CIEC) a élaboré plusieurs textes pour faciliter la circulation des actes d'état civil, et notamment la convention n° 16 du 8 septembre 1976 sur la délivrance d'extraits plurilingues d'actes de l'état civil, entrée en vigueur en France le 16 janvier 1987.

(127) V. *infra*, n° 1120.
(128) V. *infra*, n° 1150.
(129) V. *infra*, n° 1158.
(130) Sur cette notion, V. *infra*, n° 1097.
(131) V. *infra*, n°s 2216 et 2335.

§ II Le nom

1116 **– La transmission du nom. –** Avant la loi du 18 novembre 2016, dite « de modernisation de la justice du XXIe siècle », la jurisprudence française avait déterminé que la loi applicable était celle des effets du mariage (132). Mais cette règle posait question pour déterminer la loi applicable aux enfants pour lesquels ce rattachement ne pouvait fonctionner. Ils relevaient alors de la loi des effets de la filiation établie hors mariage.

La loi du 18 novembre 2016 a alors introduit un nouvel article 311-24-1 dans le Code civil. Il est précisé qu'« en cas de naissance à l'étranger d'un enfant dont au moins l'un des parents est Français, la transcription de l'acte de naissance de l'enfant doit retenir le nom de l'enfant tel qu'il résulte de l'acte de naissance étranger ». La loi applicable est donc celle **du lieu de déclaration de la naissance de l'enfant**.

Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne est intervenue en matière de nom, plus particulièrement avec l'arrêt *Garcia Avello* (133). Dans cet arrêt, la Cour s'est fondée sur le principe de la libre circulation des personnes au sein de l'Union européenne et impose aux États membres de reconnaître le nom attribué par l'un des États membres. Les faits étaient les suivants : les parents d'enfants ayant la double nationalité belge et espagnole, nés et résidant en Belgique, se sont vu refuser par les services de l'état civil belges l'adjonction du nom de la mère à celui du père alors que cela avait été autorisé par les services espagnols. La Cour a considéré que les binationaux avaient le choix entre leurs deux lois nationales.

1117 **– La protection et le changement de nom. –** La loi nationale de la personne souhaitant changer de nom est applicable par principe. Cette solution est conforme à la Convention d'Istanbul du 4 septembre 1958 ratifiée par la France avec huit autres pays. Cependant, après la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme (134), l'article 61-4 du Code civil, alinéa 2 a ajouté que : « Les décisions de changement de prénoms et de nom régulièrement acquises à l'étranger sont portées en marge des actes de l'état civil sur instructions du procureur de la République ». Il faut noter que la doctrine a des positions divergentes sur cette question. La jurisprudence des juridictions internationales a une influence certaine en la matière. La loi nationale a parfois été retenue, car elle avait l'avantage de la simplicité (135). La Cour de cassation a aussi énoncé que la loi des effets du mariage est compétente pour régir la transmission du nom aux enfants nés d'un couple marié (136), mais cette jurisprudence est également très controversée.

§ III La capacité et la protection des incapables

1118 La loi française distingue les incapacités générales et spéciales et cette division a été reprise pour déterminer les règles de conflit de lois en droit international privé. En droit français, les incapacités générales sont celles qui atteignent les personnes pour tous les actes et recouvrent toutes les incapacités d'exercice (minorité, tutelles...), qu'elles soient d'origine

(132) Cass. 1re civ., 7 oct. 1997, n° 95-16.933, *Canovas-Gutierrez : D.* 1999, p. 229, J. Massip.
(133) CJUE, 2 oct. 2003, aff. C-148/02, *Garcia Avello*.
(134) CEDH, 5 déc. 2013, n° 32265/10, *Kismoun* c/ *France : D.* 2015, p. 1056, H. Gaudemet-Tallon. La loi dite « de modernisation de la justice » a ajouté un article 61-3-1 au Code civil qui édicte que : « Toute personne qui justifie d'un nom inscrit sur le registre de l'état civil d'un autre État peut demander à l'officier de l'état civil dépositaire de son acte de naissance établi en France son changement de nom en vue de porter le nom acquis dans cet autre État ».
(135) A. Devers : *JCl. Droit international*, Fasc. 542, nos 15 et s.
(136) Cass. 1re civ., 7 oct. 1997 : *Bull. civ.* 1997, I, n° 265.

légale ou judiciaire. Les incapacités spéciales gèrent quant à elles les personnes à l'occasion d'un acte particulier.

En droit international privé, **les incapacités spéciales** revêtent un caractère exceptionnel et sont soumises **à la loi applicable à l'institution dont elles dépendent**. Les incapacités spéciales de recevoir, telles les donations de biens présents, sont soumises à la loi du contrat ou à la loi des effets du mariage. Les incapacités de disposer à titre gratuit sont soumises à la loi successorale anticipée, soit la loi qui, en vertu du règlement « Successions », aurait été applicable à la succession de la personne ayant pris la disposition si elle était décédée le jour de son établissement (137).

Les règles particulières qui gèrent les incapacités générales des mineurs sont en principe aujourd'hui régies en droit français par le règlement européen n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 qui définit des règles de conflit de juridictions **(A)**. Si l'enfant ne réside pas habituellement dans un État membre **(B)**, les traités internationaux sont susceptibles de s'appliquer. Une convention internationale détermine également les règles de conflit de lois pour les majeurs. Enfin, lorsque l'enfant mineur ne réside ni dans un État membre ni dans un État partie ayant ratifié une convention de La Haye, il sera fait application des règles de droit français **(C)**.

A/ Règlements européens

1119 Le règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, dit « Bruxelles II *bis* » est entré en vigueur le 1er août 2004 dans tous les États membres à l'exception du Danemark. Son applicabilité a été différée au le 1er mars 2005. Ce règlement a abrogé le règlement n° 1347/2000 dit « règlement Bruxelles II ». Il évoque donc la question des conflits de juridiction (138) Cependant, il est néanmoins brièvement évoqué dans cette partie, car, en l'espèce, le notaire doit connaître le juge compétent pour autoriser les actes, indépendamment de toute action contentieuse.

Le champ de compétence du règlement est plus large que la convention de La Haye du 19 octobre 1996, notamment sur la question de la responsabilité parentale. Le règlement et la convention sont en concurrence sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements. Le règlement prime la convention, mais pour toutes les questions non traitées par celui-ci, le notaire français devra se référer aux règles de la convention de La Haye.

L'article 8 donne une compétence générale au juge de l'État de la résidence habituelle de l'enfant. Cette notion a été définie par la Cour de justice de l'Union européenne (139). À défaut de pouvoir définir la résidence habituelle ou dans le cas de danger du mineur, c'est la juridiction de l'État sur le territoire duquel l'enfant est présent qui est compétent. Le règlement s'applique notamment en matière de responsabilité parentale, de droit de garde et

(137) *Defrénois* 2018, n° 43, p. 39.
(138) Sur cette question, V. *infra*, n° 1221.
(139) CJUE, 2 avr. 2009, aff. C-523/07, *Mme A* : « Doit être interprétée en ce sens que cette résidence correspond au lieu qui traduit une certaine intégration de l'enfant dans un environnement social et familial. À cette fin, doivent notamment être pris en considération la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire d'un État membre et du déménagement de la famille dans cet État, la nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de scolarisation, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux entretenus par l'enfant dans ledit État. Il appartient à la juridiction nationale d'établir la résidence habituelle de l'enfant en tenant compte de l'ensemble des circonstances de fait particulières à chaque cas d'espèce ».

de visite, mais aussi en matière de tutelle et curatelle, de placement, de désignation des personnes chargées de s'occuper de la personne ou des biens de l'enfant, de représentation, d'assistance, ou encore pour ce qui concerne les mesures de protection liées à l'administration, à la conservation ou à la disposition de ses biens.

B/ Les conventions internationales concernant les mineurs et les majeurs

I/ Les conventions internationales concernant les mineurs

a) La Convention de La Haye du 5 octobre 1961

1120 Cette convention est entrée en vigueur dans neuf pays (140). Elle est entrée en vigueur en France le 10 novembre 1972. Elle s'applique pour les mineurs ayant leur résidence habituelle dans un État partie et est d'application universelle, c'est-à-dire qu'elle s'applique même si le mineur a la nationalité d'un État non contractant. Selon l'article 12 de la convention, elle s'applique pour tout mineur qui a cette qualité tant du point de vue de sa loi nationale que selon la loi interne du pays de résidence. La convention attribue des compétences aux autorités administratives et judiciaires de l'État de la résidence habituelle (art. 1er). Elle règle les questions de protection de la personne et des biens du mineur. Les États parties à la convention s'engagent à reconnaître les rapports d'autorité de plein droit de la loi nationale du mineur (art. 3). Par ailleurs, en cas de danger sérieux pour la personne du mineur, les autorités de l'État de la résidence habituelle peuvent prendre des mesures de protection (art. 8). La convention s'applique également lors de la mise en place de mesures de protection de l'enfant en cas de divorce des parents, si celle-ci s'applique soit parce que l'enfant est ressortissant de l'État du *for*, soit parce qu'il réside habituellement dans cet État. Si tel n'est pas le cas, les procédures peuvent être dispersées dans divers systèmes juridiques.

b) La Convention de La Haye du 19 octobre 1996

1121 Cette convention est entrée en vigueur dans l'ensemble des pays de l'Union européenne (141).

Elle est entrée en vigueur en France le 1er février 2011 et regroupe quarante-neuf États parties. Elle est d'application universelle et s'impose dès que l'enfant à sa résidence en France. Elle pose par principe que les autorités des États contractants appliquent leur propre loi. Toutefois, dans la mesure où la protection de la personne ou des biens de l'enfant le requiert, elles peuvent exceptionnellement appliquer ou prendre en considération la loi d'un autre État avec lequel la situation présente un lien étroit. Elle remplace la convention du 5 octobre 1961 dans le rapport avec les États parties. Elle donne également la possibilité aux États de conclure d'autres accords sur le même sujet, en visant les accords régionaux, et implicitement les règlements européens. Le règlement no 2201/2003 du 27 novembre 2003, dit Bruxelles II *bis*, qui a déjà été évoqué (V. *supra*, no 1221), s'applique donc pour les États membres également parties à la convention si l'enfant réside habituellement sur le territoire de l'un d'eux.

La convention supprime le rattachement cumulatif lié à la majorité retenu par la convention de 1961 puisque son article 2 précise qu'elle « s'applique aux enfants à partir de leur naissance jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de dix-huit ans ». Elle définit soigneusement les

(140) www.hccl.net
(141) www.hccl.net

domaines d'application dans son article 3. Ils portent notamment sur la tutelle, la curatelle, l'administration, la conservation ou la disposition des biens de l'enfant, le droit de garde, le droit de visite, l'attribution, l'exercice ou le retrait de la responsabilité parentale. Dans son article 4, elle exclut les matières non concernées qui sont notamment la filiation, l'adoption, les nom et prénom de l'enfant, les obligations alimentaires, les successions ou les mesures d'éducation. Par ailleurs, elle détermine le tribunal compétent pour prendre les mesures de protection et précise la reconnaissance et l'exécution des décisions de justice. L'article 5 détermine le principe : « Les autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'État contractant de la résidence habituelle de l'enfant sont compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens ». La convention précise, à l'article 10, que les juridictions compétentes pour connaître du divorce des parents peuvent, dans certains cas, prendre des mesures de protection de la personne ou des biens de l'enfant. Enfin, et comme les textes précédents, les autorités de tous les États contractants sont compétentes pour prendre des mesures de protection en cas d'urgence.

II/ Le droit conventionnel concernant les majeurs

1122 La convention de La Haye du 13 janvier 2000 comprend onze États parties. Elle est entrée en vigueur en France le 1er janvier 2009. Elle couvre toutes les mesures concernant les majeurs à compter de cette date. Elle laisse la possibilité pour les États parties, comme c'est le cas pour la convention du 19 octobre 1996 (V. *supra,* n° 1121), d'appliquer une législation spécifique régionale, laissant la place à un futur éventuel règlement européen.

Dans son article 5, la convention donne compétence aux autorités administratives et judiciaires de l'État partie **de la résidence habituelle de l'adulte**. L'article 7 prévoit cependant une application subsidiaire de la loi de l'État partie dont l'adulte a la nationalité, qui, selon le principe de la proximité (142), pourrait être à même de mieux apprécier l'intérêt de l'adulte.

Enfin, la convention prend en compte les législations des États parties qui permettent une certaine liberté de choix de la part de la personne protégée, choix qui aurait été effectué alors qu'elle avait encore toutes ces facultés intellectuelles. C'est le cas notamment pour les mandats d'inaptitude qui existent dans certaines législations, et notamment pour la France, avec le mandat de protection future.

C/ Les dispositions internes

1123 **L'article 3, alinéa 3 du Code civil** édicte que : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ». Cette règle a été bilatéralisée (143) par la jurisprudence.

Concernant les incapacités, cet article s'applique uniquement pour les mineurs qui n'ont pas leur résidence habituelle dans un État membre de l'Union européenne, ni dans un État ayant ratifié l'une des conventions de La Haye.

La loi nationale détermine l'âge de la majorité, le régime de protection, son organisation, les pouvoirs des représentants du mineur, les formalités administratives nécessaires à mettre en œuvre pour tous les actes (d'administration, de disposition), y compris pour les immeubles.

(142) Sur cette question, V. *supra,* n° 1095.
(143) Sur cette notion, V. *supra,* n° 1141.

Sous-section II Les personnes morales

1124 Le statut des sociétés étrangères en France pose deux questions : celle de la loi applicable à la société et celle de la jouissance et de l'exercice de ses droits. Cette dernière question sera détaillée par la deuxième commission (144).

La question de loi applicable à la société, la *lex societatis*, conditionne les règles de constitution, de fonctionnement et de dissolution des sociétés.

Il n'existe pas de règle de conflit unique. Certains pays retiennent la loi de la nationalité des associés majoritaires. Ce critère est susceptible de connaître de nombreuses modifications, au gré des cessions d'actions, ce qui explique qu'il soit peu retenu.

D'autres pays retiennent la loi du lieu d'incorporation, un des deux critères de rattachement majoritaire, pris notamment en compte au Royaume-Uni, en Irlande, en Finlande, aux Pays-Bas ou encore en Suède. Il s'agit de la loi du lieu où la société a été immatriculée, qui est facilement identifiable.

Enfin, l'autre critère de rattachement majoritaire, retenu notamment par la France, est la loi du pays où est situé le siège social. Il a été consacré par l'article 1837 du Code civil qui édicte que : « Toute société dont le siège est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française ». Par ailleurs, l'alinéa 1 de l'article 210-3 du Code de commerce édicte que : « Les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à la loi française ». Le législateur français assimile ici le critère de rattachement qu'est la loi de situation du siège social à la nationalité de la société, ce qui n'est pas toujours le cas. Néanmoins, ce critère a le mérite de la stabilité et de la clarté.

Toutefois, des litiges peuvent survenir lorsque le siège social a été fixé compte tenu de considérations d'opportunité : des fondateurs choisissent de fixer leur siège social dans un pays tiers ayant par exemple une fiscalité plus avantageuse, alors que le centre de décisions, l'organisation de ces moyens et le lieu où les tiers peuvent entrer en contact avec elle, le lieu où la société gère habituellement ses intérêts, sont situés en France. Dans ce cas, tant l'article 1837 du Code civil que l'article 210-3 du Code de commerce précisent que : « Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si son siège réel est situé en un autre lieu ». La notion de siège social statutaire est donc le critère de rattachement pour déterminer la *lex societatis*, sauf en cas de fraude.

Après cet aperçu des principales règles qui concernent les personnes, les règles en matière familiale sont abordées, toujours dans le même esprit de dresser un tableau synthétique de la matière.

Section II La famille

1125 Traditionnellement, la famille recouvrait le mariage **(Sous-section II)**, qui abordait également les questions de désunions **(Sous-section IV)** ainsi que la filiation **(Sous-section III)**. Les domaines aujourd'hui couverts sont plus larges, puisqu'il est nécessaire d'englober les partenariats enregistrés **(Sous-section I)** et les aliments **(Sous-section V)**. Le concubinage n'est pas abordé en droit international privé et ne fait pas l'objet de règles de conflit de lois spécifiques, la question étant réglée au cas par cas selon le problème soulevé (145).

(144) V. *infra*, n^os^ 2263 et s.
(145) A. Devers, *Le concubinage en droit international privé, Études Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 539.

Sous-section I Les partenariats enregistrés

§ I La constitution du partenariat

L'article 515-7-1 du Code civil édicte que : « Les conditions de formation et les effets d'un partenariat enregistré ainsi que les causes et les effets de sa dissolution sont soumis aux dispositions matérielles de l'État de l'autorité qui a procédé à son enregistrement ». Les conditions de formation, ses effets, ses modalités de dissolution sont donc déterminés par cet article du Code civil. **1126**

§ II Les effets patrimoniaux des partenariats européens

Depuis l'entrée en vigueur du **règlement (UE) nº 2016/1104 du 24 juin 2016**, mettant en œuvre une coopération renforcée, la France ainsi que dix-sept autres États se réfèrent à ce texte pour régler les effets patrimoniaux du partenariat. **1127**

Le règlement est d'application universelle, comme le précise l'article 20 du règlement : la loi désignée comme loi applicable par le règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre. Mais ce règlement n'est pas applicable dans l'ensemble des États membres de l'Union européenne. Pour les États membres non participants, la loi applicable aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés sera déterminée par les règles de droit international privé applicables dans ces États membres.

Le règlement prévoit que les partenaires pourront **choisir la loi applicable** aux effets patrimoniaux, parmi un ensemble de systèmes juridiques.

Il souhaite garantir un maximum d'efficacité et impose que le choix des partenaires porte sur un système juridique qui connaît le partenariat enregistré. Ainsi, l'article 22 du règlement dispose que : « Les partenaires ou futurs partenaires peuvent convenir de désigner ou de modifier la loi applicable aux effets patrimoniaux de leur partenariat enregistré ou en changer, pour autant que ladite loi attache des effets patrimoniaux à l'institution du partenariat enregistré (...) ».

Par ailleurs, et en application du principe de proximité que nous avons déjà évoqué (146), il identifie les systèmes juridiques avec lesquels les partenaires sont supposés présenter les liens les plus étroits. Les partenaires pourront faire un choix de loi, mais de manière encadrée précisée à l'article 22 :

a) « la loi de l'État dans lequel au moins l'un des deux partenaires ou futurs partenaires a sa résidence habituelle au moment où la convention est conclue ;
b) la loi d'un État dont l'un des partenaires ou futurs partenaires a la nationalité au moment où la convention est conclue ;
c) la loi de l'État selon le droit duquel le partenariat enregistré a été créé ».

À défaut de choix de loi, l'article 26 précise que : « La loi applicable aux effets patrimoniaux du partenariat enregistré **est la loi de l'État selon la loi duquel le partenariat enregistré a été créé** ». L'article 21 du règlement prévoit que la loi désignée s'applique à l'ensemble des biens qui sont soumis à ces effets, quel que soit le lieu où les biens se trouvent. Enfin, les partenaires ont la possibilité de changer de loi applicable, qui n'a d'effet, par principe, que pour l'avenir. Cependant, ils pourront également choisir de donner un effet rétroactif au changement de loi applicable aux effets patrimoniaux de leur partenariat

(146) Sur cette notion, V. *supra*, nº 1095.

enregistré. La possibilité donnée aux mairies de procéder à l'enregistrement en France des pactes de solidarité civile a soustrait certains clients du conseil donné par les notaires. Compte tenu des possibilités données par ce règlement, leur rôle de conseil se trouve aujourd'hui enrichi.

Sous-section II Le mariage

1128 Les règles de conflit de lois diffèrent selon qu'elles traitent les questions liées aux conditions de fond du mariage **(§ I)** ou aux conditions de forme **(§ II)**. Les effets du mariage seront brièvement évoqués **(§ III)**.

§ I Les conditions de fond du mariage

1129 **L'article 202-1 du Code civil**, modifié par la loi du 4 août 2014, édicte que : « Les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle. Quelle que soit la loi personnelle applicable, le mariage requiert le consentement des époux, au sens de l'article 146 et du premier alinéa de l'article 180.

Deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ».

Cet article pose un principe et deux exceptions.

Le principe énonce que lorsque les deux époux ont une nationalité commune, la loi applicable est leur loi nationale. Si tel n'est pas le cas, le Code civil retient un principe d'application distributive des deux lois. Chaque époux doit démontrer qu'il remplit les conditions de sa propre loi nationale pour se marier (147).

Il existe deux exceptions :

L'une concerne le consentement : **l'alinéa 1 de l'article 202-1 du Code civil** introduit par la loi du 4 août 2014 exige que le consentement exprimé soit celui du droit français visé par les articles 146 et 180, alinéa 1 du Code civil.

L'autre concerne l'application distributive de deux lois : **l'alinéa 2 de l'article 202-1 du Code civil** prévoit la possibilité pour les couples de même sexe de se marier dès lors que la loi de l'État sur le territoire duquel l'un des époux a son domicile ou sa résidence le permet. Il faut néanmoins noter que cette possibilité n'est pas ouverte aux ressortissants de pays liés avec la France par des conventions bilatérales qui prévoient que seule la loi personnelle est applicable aux conditions de fond du mariage, sans pouvoir appliquer les exceptions prévues aux alinéas 1 et 2 de l'article. Tel est le cas par exemple du Maroc.

Concernant les mariages célébrés en France, l'ordre public peut néanmoins s'opposer à l'application de la loi étrangère. Il s'opposera par exemple au mariage avant l'âge matrimonial du droit français ou aux mariages pour des motifs religieux qui font une différence entre les femmes et les hommes (148).

(147) Cass. 1re civ., 30 avr. 2014, nº 13-16.507 : *Dr. famille* 2014, comm. 139, M. Farge.

(148) L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme est intitulé « Interdiction de discrimination » et proclame le respect des droits de la Convention sans considération (notamment) « sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

Concernant les mariages célébrés à l'étranger, la notion d'ordre public est atténuée. L'arrêt *Chemouni* (149) a tranché sur la reconnaissance en France d'un mariage polygamique, le considérant comme valable et produisant ses effets en France, à partir du moment où la loi nationale des deux époux le permettait.

§ II Les conditions de forme du mariage

1130 **L'article 202-2 du Code civil** dispose que : « Le mariage est valablement célébré s'il l'a été conformément aux formalités prévues par la loi de l'État sur lequel la célébration a eu lieu ».

Concernant les mariages célébrés en France, le mariage doit être célébré devant un officier d'état civil. La seule exception concerne le mariage consulaire qui ne peut s'adresser qu'à des époux ayant la même nationalité. Une loi du 29 novembre 1901 a ajouté deux alinéas à l'article 170 du Code civil et permet aux agents consulaires de célébrer des mariages entre des Français et des étrangers, dans certains pays définis par décret (150).

Concernant les mariages célébrés à l'étranger, le même principe est applicable. Ainsi, les formes de mariages les plus diverses sont valables à partir du moment où elles sont reconnues par les formes locales (mariages religieux ou privés...) (151). Leur validité en France est suspendue à leur transcription sur les registres français visée aux articles 171-1 et suivants du Code civil.

§ III Les effets du mariage

1131 Les effets du mariage concernent en principe :

- les effets personnels du mariage tels que la capacité, le nom, le domicile, les relations personnelles entre époux, la communauté de vie ;
- les contrats entre époux tels que les donations entre époux, les donations mobilières et immobilières et la responsabilité parentale ;
- les règles du régime primaire des articles 212 et suivants du Code civil ;
- les effets patrimoniaux du mariage comme l'obligation d'entretien, l'obligation aux charges du mariage.

La loi nationale commune des époux détermine les effets du mariage. Cette règle de conflit est énoncée à **l'article 3, alinéa 3 du Code civil** : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers ». Si ceux-ci n'ont pas la même nationalité, la jurisprudence (152) a retenu la loi du domicile commun des époux. Si les époux n'ont pas de domicile commun, la Cour de cassation applique la loi du *for* (153).

Cependant, les règles énoncées ci-avant sont d'application aujourd'hui restreintes. En effet, d'une part, la jurisprudence, en 1987, dans un arrêt *Cressot* (154), a décidé que les règles du régime primaire prévu par les articles 212 et suivants du Code civil sont très largement d'application territoriale, comme assimilées aux lois de police françaises.

(149) Cass. 1re civ., 28 janv. 1958 et 19 févr. 1963 : *GAJFDIP*, nos 30-31.
(150) Le décret du 26 octobre 1939 dresse une liste restrictive : l'Afghanistan, l'Arabie saoudite, la Chine, l'Égypte, l'Irak, l'Iran, le Japon, la zone de Tanger au Maroc (qui n'est plus mise en œuvre), l'Oman (Mascate), la Thaïlande, le Yémen. Un second décret du 15 décembre 1958 ajoute le Cambodge et le Laos.
(151) Cass. 1re civ., 22 juin 1955, *Caraslanis : Rev. crit. DIP* 1955, 1077, J. Mestre.
(152) Cass. 1re civ., 17 avr. 1953, *Rivière : GAJFDIP*, no 26.
(153) Cass. 1re civ., 15 mai 1961, *Tarwid : Rev. crit. DIP* 1961, p. 547, note H. Battifol.
(154) Cass. 1re civ., 22 oct. 1987, *Cressot : Rev. crit. DIP* 1988, p. 540, note Y. Lequette.

D'autre part, le règlement n° 2016/1103 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux, qui est entré en vigueur le 29 janvier 2019, a un champ d'application plus large et s'applique pour tous les effets patrimoniaux du mariage (155). D'autre part, le règlement n° 4/2009 du 18 décembre 2008 s'applique aujourd'hui sur les obligations alimentaires (156), et la convention de La Haye du 19 octobre 1996 définit les règles de l'autorité parentale (157).

La loi des effets du mariage ne concerne donc plus que les rapports personnels entre époux, les donations mobilières et immobilières entre époux, la capacité de la personne mariée, le nom des époux et l'adoption par deux époux.

Sous-section III La filiation

1132 Plusieurs textes ont abordé la question de la filiation avec comme objectif principal la protection des droits fondamentaux des enfants. La Convention internationale des droits de l'enfant a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 20 novembre 1989 et ratifiée par 196 membres sur 197 (les États-Unis l'ont signée, mais non ratifiée). C'est dire que cette question est une préoccupation majeure pour l'ensemble des pays.

Pour la présentation des règles de conflit de lois, il convient de distinguer la filiation biologique **(§ I)**, avant d'évoquer la filiation adoptive **(§ II)**.

§ I La filiation biologique

1133 En matière de filiation biologique, il convient de définir la loi applicable à l'établissement de la filiation **(A)**, puis à ses effets **(B)**.

A/ La loi applicable

1134 La loi du 3 janvier 1972 a énoncé de nouvelles règles de conflit, modifiées par l'ordonnance du 4 juillet 2005 et par la loi de simplification du droit du 16 janvier 2009. Le principe est donné par **l'article 311-14 du Code civil** : « La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant ». Le rattachement s'explique par le fait que l'identité de la mère est rarement douteuse, d'autant plus que la Cour de cassation s'est prononcée en faveur de l'identité de la mère, connue en fait et pas forcément en droit (158).

Par ailleurs, cet article règle une question de conflit mobile puisque la nationalité de la mère est celle au jour de la naissance de l'enfant.

Deux exceptions sont visées par le Code civil. **L'article 311-15 du Code civil** édicte que : « Toutefois, si l'enfant et ses père et mère ou l'un d'eux ont en France leur résidence habituelle, commune ou séparée, la possession d'état produit toutes les conséquences qui en découlent selon la loi française, lors même que les autres éléments de la filiation auraient pu dépendre d'une loi étrangère ». Cet article permet d'établir la filiation par la possession d'état en vertu du droit français, sous condition de résidence de l'enfant ou un de ses parents en France.

(155) V. *infra*, n° 1127.
(156) V. *infra*, n° 1141.
(157) V. *supra*, n° 1121.
(158) Cass. 1re civ., 11 juin 1996, *Imhoos : D.* 1997, p. 3.

L'article 311-17 du Code civil prévoit que : « La reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant ». Cette règle de conflit de lois alternative a été établie pour favoriser le plus largement possible les reconnaissances d'enfants.

B/ Les effets de la filiation

1135 La détermination de la filiation produit des effets sur l'autorité parentale et sur les obligations alimentaires envers les enfants. Cette dernière question sera abordée *infra* (159). Les règles de conflit de lois applicables à l'autorité parentale sont régies par la **Convention de La Haye du 19 octobre 1996** concernant « la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants » (160).

§ II La filiation adoptive

1136 La question de la loi applicable aux adoptions internationales est importante compte tenu de la demande croissante et du fait que certains pays ne connaissent pas cette institution. L'article 370-3 du Code civil, issu de la loi du 6 février 2001, fixe les conditions et les effets de l'adoption. La Convention de La Haye du 29 mai 1993 met en place un système de coopération entre États contractants.

En l'état actuel, les institutions européennes ne se sont pas attachées à cette question. La Convention de La Haye de 1993 s'attache à organiser la collaboration entre les pays. La règle de conflit de lois reste donc définie par le droit interne.

L'article 370-3, alinéa 1 du Code civil prévoit que : « Les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant ou, en cas d'adoption par deux époux, par la loi qui régit les effets de leur union. L'adoption ne peut toutefois être prononcée si la loi nationale de l'un et l'autre époux la prohibe ». La loi qui régit les effets de l'union de deux époux est la loi des effets du mariage (161).

L'alinéa 2 édicte que : « L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France ».

Enfin, l'alinéa 3 pose une règle relative au consentement du représentant de l'enfant : « Quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant. Le consentement doit être libre, obtenu sans aucune contrepartie, après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier, s'il est donné en vue d'une adoption plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant ».

L'article 370-4 du Code civil détermine les effets de l'adoption : « Les effets de l'adoption prononcée en France sont ceux de la loi française ». Les effets prévus par cette règle de conflit de lois unilatérale sont très largement concurrencés par les règlements internationaux ou européens, notamment en matière d'obligation alimentaire ou d'autorité parentale.

La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale comprend quatre-vingt-dix-huit États parties et

(159) V. *infra*, n° 1141.
(160) V. *supra*, n° 1121.
(161) V. *supra*, n° 1131.

est entrée en vigueur en France le 1er octobre 1998. Elle met en avant les intérêts de l'enfant. Elle organise la collaboration entre les autorités des différents pays, avec notamment la mise en place d'une autorité centrale investie d'une mission de coopération.

Sous-section IV La dissolution du mariage

1137 La loi applicable en matière de divorce en droit international privé a d'abord été régie par le Code civil **(§ III)** et les conventions bilatérales **(§ II)**. Le droit de l'Union européenne s'est considérablement élargi et constitue aujourd'hui le droit positif en matière de divorce. Le notaire français doit donc mettre en œuvre cette réglementation **(§ I)**. Le tribunal compétent pour prononcer le divorce ainsi que les règles de reconnaissance et d'exécution des décisions en matière de divorce sont abordés *infra*, n° 1228.

§ I Le règlement n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010, dit « Rome III » (162)

1138 Le règlement n° 1259/2010 met en œuvre pour la première fois une coopération renforcée applicable aujourd'hui dans dix-sept États de l'Union, dont la France. Il est entré en application le 21 juin 2012. L'article 4 précise qu'il est d'application universelle, c'est-à-dire que la loi désignée s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre participant à la coopération renforcée. La loi peut désigner celle d'un État membre non participant ou d'un État tiers. Il constitue le droit positif en France, le droit interne et conventionnel continuant à s'appliquer pour les seules actions intentées avant le 21 juin 2012.

Le règlement désigne la loi applicable en matière de divorce ou de séparation de corps. Il règle donc les questions d'admissibilité du divorce, des causes, de la dissolution elle-même ainsi que de la date d'effet.

Il ne règle pas les questions d'annulation du mariage, qui restent régies par les règles de conflit de lois relatives au mariage (163).

Il ne règle pas non plus les conséquences du divorce. La question de l'autorité parentale est régie par la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 (164).

Les effets patrimoniaux du divorce tels que la prestation compensatoire ou la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants sont régis par le règlement « Aliments » (165).

La Cour de justice de l'Union européenne a également précisé que le règlement ne concernait pas les « divorces privés », tels que prononcés par exemple par un tribunal religieux (166).

Dans cet arrêt, la Cour de justice de l'Union européenne a précisé le champ d'application matériel du règlement Rome III en indiquant qu'il ne s'applique qu'aux « divorces prononcés soit par une juridiction étatique, soit par une autorité publique ou sous son contrôle ».

Que dire, dans ce cas, du nouveau divorce sans juge introduit dans le droit français par la loi du 18 novembre 2016 qui a été adoptée, semble-t-il, en méconnaissance des règles du

(162) https://eur-lex.europa.eu.
(163) V. *supra*, n° 1129.
(164) V. *supra*, n° 1121.
(165) V. *infra*, n° 1141.
(166) CJUE, 20 déc. 2017, aff. C-372/16, *Sahyouni : Procédures* févr. 2018, n° 2, comm. 44, C. Nourissat ; *Dr. famille* juill.-déc. 2017, comm. V. Égea.

droit européen (167) ? Une plainte a d'ailleurs été déposée par la Commission européenne le 19 avril 2017 (168).

Le règlement prévoit que si les époux sont d'accord, ils pourront choisir la loi applicable à leur divorce. Selon l'article 5, les lois susceptibles d'être choisies sont les suivantes :

a) « la loi de l'État de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention ; ou

b) la loi de la dernière résidence habituelle des époux pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention ; ou

c) la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention ; ou

d) la loi du for. »

À défaut de choix de loi, l'article 8 du règlement désigne :

- la loi de l'État de la résidence habituelle des époux au moment de la saisine de la juridiction ou, à défaut ;
- de la dernière résidence habituelle des époux pour autant que cette résidence n'a pas pris fin plus d'un an avant la saisine de la juridiction et que l'un des époux réside encore dans cet État au moment de la saisine, à défaut ;
- la loi de la nationalité des époux au moment de la saisine, à défaut ;
- la loi du *for*.

§ II Les conventions internationales bilatérales

1139 Des conventions bilatérales ont été signées avec certains pays et le règlement Rome III prévoit à l'article 19 qu'il n'a pas d'incidence sur l'application de conventions internationales auxquelles les États étaient parties. Certaines d'entre elles restent donc d'actualité. C'est le cas de la convention franco-marocaine du 10 août 1982 (169) qui soumet le divorce à la loi de l'État de la nationalité commune des époux ou, à défaut, à la loi de l'État de leur domicile ou de leur dernier domicile (art. 9).

C'est aussi le cas de la Convention franco-polonaise du 5 mai 1957 (170) qui prévoit les mêmes règles dans l'article 8, alinéa 2, ou de la Convention franco-yougoslave du 18 mai 1971 pour les relations avec la Bosnie, le Kosovo, le Monténégro et la Serbie (à l'exception de la Slovénie, qui a ratifié le règlement Rome III).

§ III Le droit français

1140 L'entrée en vigueur du règlement Rome III a pratiquement privé de toute portée l'article 309 du Code civil. Restent soumis à cet article les divorces antérieurs au 21 juin 2012. Il trouvera peut-être également un autre cas d'application avec le divorce sans juge qui semble ne pas être compatible avec le règlement. Cette question est développée par la troisième commission (171).

(167) A. Devers, *Le divorce sans juge en droit international privé : Dr. famille* janv. 2017, n° 1, dossier 5. – H. Gaudemet-Tallon, *La loi française sur le divorce sans juge confrontée au droit européen et international*, in *Liber amicorum für Christian Köhler*, Gieseking Verlag, 2018, p. 91 et s. Cette question est développée par la commission 3.

(168) C. Nourissat, *Divorce par consentement mutuel : plainte contre la France : AJF* 2017, p. 266.

(169) www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/Convention_Maroc.pdf.

(170) jafbase.fr/docEstEurope/PologneConv2.pdf.

(171) V. *infra*, n^{os} 3309 et s.

L'article 309 du Code civil édicte que : « Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française :
- lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française ;
- lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français ;
- lorsqu'aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps ».

Cette règle est une des rares règles de conflit de loi unilatérale (172). L'article ne vise que le champ d'application de la loi française. Elle impose au juge français de rechercher si une loi étrangère s'applique lorsque les époux ne sont pas tous deux de nationalité française ou n'ont pas tous deux leur domicile en France. Le juge devra donc identifier les différents systèmes de droits étrangers pouvant prétendre à s'appliquer, puis rechercher si les règles de conflit de lois étrangères retiennent leur compétence et, enfin, choisir entre elles. Cette règle peut donc s'avérer extrêmement complexe. Ce n'est que si aucune loi étrangère ne se reconnaît compétente que s' appliquera la loi française. Le juge peut sanctionner la modification frauduleuse de l'élément de rattachement (173). Enfin, le contrôle de la loi étrangère *via* l'exception de l'ordre public français peut conduire les juges à exclure certains effets comme la répudiation unilatérale ou s'opposer à l'application du droit étranger comme étant trop éloigné de valeurs du droit français (174).

Sous-section V Les aliments

1141 L'obligation alimentaire vise tous les subsides susceptibles d'être versés par une personne au titre de sa relation de famille. Elle concerne les personnes unies par des liens de mariage, d'alliance ou de parenté. La Cour de cassation avait initialement soumis cette obligation à la loi des effets du mariage (175).

Un nouveau règlement n° 4/2009, dit règlement « Aliments », relatif à la « compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et de la coopération en matière d'obligation alimentaire », adopté le 18 décembre 2008, est entré en vigueur le 18 juin 2011 **(§ I)**. Il est destiné à améliorer le système de recouvrement des obligations alimentaires. Le règlement défend le droit à l'obtention des aliments avec des règles favorables au créancier, mais aussi le droit à leur recouvrement avec la suppression quasi généralisée de l'*exequatur* en Europe. Il édicte donc des règles de compétence juridictionnelle et des règles de conflit de lois. La coopération au niveau international, quant à elle, est réglementée par une convention **(§ II)**.

§ I La détermination de la loi applicable par le règlement « Aliments » et le Protocole de La Haye du 23 novembre 2007

1142 Le règlement « Aliments » ne pose pas de règle de conflit de lois, il se contente, dans son article 15 de renvoyer au Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Ce protocole a été ratifié par l'Union européenne et vingt-neuf autres pays. Son article 2 précise qu'il est d'application universelle. Il produit donc ses effets même si la loi qu'il désigne est celle d'un État non contractant. Le Royaume-Uni et le

(172) Sur cette notion, V. *supra*, n° 1093.
(173) V. *supra*, n° 1053.
(174) V. *supra*, n° 1105.
(175) Cass. 1re civ., 19 févr. 1963, *Chemouni : GAJFDIP*, n° 31.

Danemark ont fait savoir qu'ils n'appliqueraient pas les règles du protocole. Ils continuent à faire jouer leurs propres règles de conflit de lois.

Il remplace, dans ces rapports entre les États contractants, la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 entrée en vigueur le 1er octobre 1977, qui désignait la loi interne de la résidence habituelle du créancier d'aliments, à défaut la loi nationale commune du créancier et du débiteur, à défaut la loi du *for*.

L'article 8 du protocole donne la possibilité aux parties d'effectuer **un choix de loi**, soit antérieurement au litige, soit par un accord procédural écrit et signé par toutes les parties. Ce choix de loi est encadré dans la mesure où les parties ne peuvent choisir que la loi de l'État de la nationalité de l'une ou l'autre partie ou celle de l'État de leur résidence habituelle, la loi appliquée à leurs relations patrimoniales ou celle appliquée pour régir leur divorce ou leur séparation de corps. Cet accord n'est néanmoins pas possible pour les obligations alimentaires qui concernent une personne de moins de dix-huit ans ou un adulte incapable.

À défaut de choix de loi, l'article 3 du protocole définit des rattachements objectifs : « La loi de l'État **de la résidence habituelle du créancier** régit les obligations alimentaires ». Si le créancier d'aliment ne peut pas obtenir d'aliment sur le fondement de cette loi, **la loi du *for*** s'applique. À défaut, le créancier peut se fonder sur la loi de l'État de **la nationalité commune** du créancier et du débiteur.

Certains auteurs (176) ont mis en avant l'avantage d'un accord procédural, notamment dans le cas d'époux qui divorcent. Il faut en effet rappeler que la loi applicable au divorce est régie par le règlement Rome III. La prestation compensatoire et les éventuelles contributions à l'entretien et à l'éducation des enfants sont régies par le règlement « Aliments ». Un accord pourrait alors intervenir entre les ex-époux pour désigner la loi du *for* pour le divorce et pour gérer ses conséquences. Cependant, il est impératif que cet accord soit éclairé et librement consenti. Le notaire, conseil des familles, pourra se charger de mettre en place cette convention. Il faudra cependant se méfier des mesures de protection empêchant dans certains cas la *professio juris* de s'appliquer. C'est le cas notamment pour les obligations alimentaires concernant un créancier mineur ou un adulte qui, en raison d'une altération de ses facultés personnelles, n'est pas en mesure de pourvoir seul à ses intérêts.

Par ailleurs, l'État de la résidence habituelle du créancier peut refuser la renonciation pure et simple à un droit à aliments. En France, le caractère indisponible de l'obligation alimentaire ne semble pas le permettre, même si ce caractère d'indisponibilité est aujourd'hui très discuté.

Concernant la prestation compensatoire, il faudra attendre que la procédure en divorce soit engagée, soit par saisie du juge par requête conjointe, soit par assignation d'une partie.

Enfin, malgré cette possibilité de choisir la loi applicable, l'article 8 du règlement prévoit que le juge garde toujours un pouvoir modérateur dans le cas où la loi désignée « entraînerait des conséquences manifestement inéquitables ou déraisonnables pour l'une des parties ».

§ II Un système de coopération mis en place par le droit conventionnel

La Convention de La Haye du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille (adopté le même jour que **1143**

(176) M. Farge : *Dr. famille* 2011, étude 20, nos 49-50.

le Protocole de La Haye) a mis en place un système de coopération entre les autorités des États contractants. Elle est entrée en vigueur en France le 1er août 2014. Elle oblige les États parties à porter assistance au créancier pour parvenir à une exécution rapide, notamment en matière de reconnaissance et d'exécution dans l'État requis.

Section III Le patrimoine familial

1144 Évoquer le patrimoine de la famille suppose d'envisager, d'une part, les règles de conflit de lois applicables aux régimes matrimoniaux **(Sous-section I)** et, d'autre part, celles applicables aux successions **(Sous-section II)**. Ces aspects sont par ailleurs détaillés par la troisième commission.

Sous-section I Les régimes matrimoniaux

1145 Les règles relatives à la détermination du régime matrimonial dans un contexte international ont évolué depuis l'arrêt *de Ganay* et la consultation de Charles Dumoulin déjà évoqués (177). Le notaire devra être attentif à un point : la date du mariage. En effet, cette solution a perduré jusqu'à la ratification de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, d'application universelle, entrée en vigueur en France le 1er septembre 1992. Aujourd'hui, l'entrée en vigueur le 29 janvier 2019 dernier du règlement du 24 juin 2016, lui aussi d'application universelle, a fixé les règles de détermination du régime matrimonial à compter de cette date. Pour le notaire français, le règlement du 24 juin 2016 étant aujourd'hui le droit positif, il sera abordé le premier **(§ I)**. Il s'applique pour la détermination du régime pour tous les mariages célébrés à compter du 29 janvier 2019 et pour tous les changements de régime souhaités par les époux, quelle que soit la date du mariage. Les règles fixées par la Convention de La Haye du 14 mars 1978, qui s'appliquent pour tous les couples mariés entre le 1er septembre 1992 et le 29 janvier 2019, seront rappelées **(§ II)**. Enfin, les règles qui s'appliquent pour les couples mariés avant le 1er septembre 1992 seront également reprises **(§ III)**.

§ I Le règlement européen no 2016/1103 du 24 juin 2016

1146 Ce règlement a été adopté par dix-huit États membres grâce au mécanisme de la coopération renforcée, comme ce fut le cas pour le règlement Rome III (178). Il est d'application universelle. Son champ d'application est plus large que celui de la Convention de La Haye de 1978 puisqu'il règle également les questions de compétence juridictionnelle et de reconnaissance et d'exécution des décisions. L'article 61 du règlement dispose qu'« aucune légalisation ni autre formalité analogue n'est exigée pour les documents délivrés dans un État membre dans le cadre du présent règlement ». L'article 62 détermine les relations avec les conventions internationales existantes. Il rappelle que le règlement ne prévaut pas sur les conventions bilatérales ou multilatérales, sauf si elles ont été conclues avec les États membres. La Convention de La Haye du 14 mars 1978 n'avait été ratifiée que par trois États parties, les Pays-Bas, le Luxembourg et la France. Tous trois ayant ratifié l'accord de coo-

(177) V. *supra*, no 1009.
(178) V. *supra*, no 1138.

pération, le règlement prime sur la convention et s'applique à ces pays. L'article 3 du règlement donne une définition du régime matrimonial. Il précise que : « Aux fins du présent règlement, on entend par : *a)* "régime matrimonial", 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 (...) ». En conséquence, les questions de capacité des époux, d'obligation alimentaire ou de succession sont exclues de son champ d'application matériel.

Le règlement donne la possibilité aux époux de choisir la loi applicable à leur régime matrimonial **(A)**, fixe les règles pour sa détermination en l'absence de choix **(B)** et réserve l'application de l'ordre public et des lois de police **(C)**.

A/ Le choix de loi

1147 Ce choix peut intervenir avant le mariage, au cours de la célébration ou au cours du mariage. Un principe d'unité a été retenu, c'est-à-dire que la loi est nécessairement applicable à l'ensemble des biens mobiliers et immobiliers.

L'article 22 du règlement énumère les différentes lois possibles : « 1. Les époux ou futurs époux peuvent convenir de désigner ou de modifier la loi applicable à leur régime matrimonial, pour autant que ladite loi soit l'une des lois suivantes : *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 ».

Cet article permet également aux époux de changer de loi applicable, que celle-ci ait été initialement choisie ou déterminée objectivement. Il précise que : « 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 ». Les époux peuvent donc convenir d'une application rétroactive du nouveau régime souhaité, pour l'ensemble de leurs biens. Ce changement volontaire concerne également les époux mariés avant le 29 janvier 2019, qu'ils soient soumis au régime de droit commun ou au régime conventionnel. L'article 23 détermine la validité quant à la forme de la convention sur le choix de la loi applicable.

B/ La loi applicable à défaut de choix

1148 L'article 26-1 du règlement fixe un principe : « 1. 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 : *a)* **de la première résidence habituelle** commune des époux après la célébration du mariage ; ou, à défaut, *b)* de la nationalité commune des époux au moment de la célébration du mariage; ou, à défaut, *c)* avec lequel les époux ont ensemble les liens les plus étroits au moment de la célébration du mariage, compte tenu de toutes les circonstances ».

Et une exception : à titre exceptionnel, et à la demande de l'un des époux, le juge peut décider que la loi de leur dernière résidence habituelle s'applique au lieu et place de leur première résidence habituelle s'il démontre que les époux avaient leur dernière résidence habituelle commune pendant une période significativement plus longue que leur première résidence matrimoniale et qu'ils se sont fondés sur la loi de cet autre État pour organiser ou planifier leurs rapports patrimoniaux.

C/ L'application des lois de police

1149 L'article 30 du règlement donne une définition des lois de police et précise que les dispositions du règlement ne pourront pas porter atteinte à l'application des lois de police du

juge saisi. Le règlement, en précisant que « la notion de régime matrimonial devrait être interprétée de manière autonome et englober les règles auxquelles les époux ne peuvent pas déroger », étend sa portée aux règles du régime primaire énoncées par les articles 212 et suivants du Code civil. Cependant, seules les règles du régime primaire qui ont une incidence sur les relations patrimoniales sont concernées, soit les articles 218, 220, 222 et 225 du Code civil, ainsi que les mesures d'urgence édictées par les articles 217 et 219, 220-1 à 220-3. Par ailleurs, le considérant 53 du règlement attribue aux dispositions sur le logement de la famille la nature de loi de police. Les autres règles du régime primaire qui règlent les relations personnelles des époux, ne relevant pas du régime matrimonial, ne dépendent donc pas du règlement et ne pourront pas à ce titre être qualifiées de lois de police. Elles pourront néanmoins avoir cette qualification, mais sur un autre fondement que le règlement.

§ II La Convention de La Haye du 14 mars 1978

1150 La convention s'applique en France pour déterminer le régime matrimonial de tous les couples mariés entre le 1er septembre 1992 et le 29 janvier 2019. Elle détermine la loi applicable **(A)** et prévoit deux types de mutabilité du régime **(B)**. L'article premier de la convention précise préalablement qu'elle ne s'applique pas « aux obligations alimentaires entre époux ; aux droits successoraux du conjoint survivant, à la capacité des époux ».

A/ La loi applicable

1151 La convention donne la possibilité aux couples de choisir la loi applicable à leur régime, en encadrant ce choix **(I)**. À défaut, la convention détermine la loi applicable par des rattachements objectifs **(II)**.

I/ Le choix de la loi

1152 L'article 3 de la convention édicte que : « Les époux ne peuvent désigner que l'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 loi de l'État sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation ; 3. la loi du premier État sur le territoire duquel l'un des époux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage ». Par principe, la loi s'applique à tous les biens du couple. Cependant, l'alinéa 2 de l'article 3 prévoit que les époux pourront désigner, pour les immeubles ou certains d'entre eux, la loi de situation de l'immeuble. La Cour de cassation a décidé (179) que ce changement ne pouvait pas être implicite et se déduire d'une simple mention de régime matrimonial des époux dans un acte d'achat de bien immobilier.

II/ Le rattachement objectif

1153 L'article 4 de la convention précise qu'à défaut de choix de loi, le régime est par principe soumis à la loi interne de l'État sur le territoire duquel ils établissent **leur première résidence habituelle** après le mariage. Il existe des dérogations assez complexes en faveur de la loi de l'État de la nationalité commune des époux et développées dans l'article 4, 1 à 3. Cette loi sera notamment retenue lorsque les époux n'établissent pas sur le territoire du même État leur première résidence habituelle après le mariage. Enfin, si les époux n'ont pas

(179) Cass. 1re civ., 13 déc. 2017, no 16-27.216 : *JCP* G 2018, p. 125, note G. Wiederkehr.

de nationalité commune ni de même résidence après le mariage, leur régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'État avec lequel, compte tenu de toutes les circonstances, il présente les liens les plus étroits.

B/ La mutabilité du régime

La convention vise deux cas de mutabilité : la mutabilité volontaire **(I)** et la mutabilité automatique **(II)**. **1154**

I/ La mutabilité volontaire

L'article 6 de la convention prévoit la possibilité pour un couple de changer de loi applicable à leur régime matrimonial. Cependant, ce choix reste encadré. Ils ne peuvent désigner que l'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 loi de l'État sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation ». Par principe, la loi choisie s'applique à l'ensemble des biens du couple. La même dérogation existe pour les immeubles et leur rattachement à la loi de situation des immeubles. Cet article donne également la possibilité aux époux mariés avant le 1er septembre 1992 d'user de cette faculté. **1155**

II/ La mutabilité automatique

Les époux qui n'ont pas choisi de loi applicable à leur régime sont soumis à la loi interne de l'État où ils ont leur résidence habituelle. Cependant, une circonstance particulière peut entraîner l'application d'une autre loi. Dans ce cas, le changement ne vaudra que pour l'avenir (180). Ce principe a été critiqué par l'ensemble de la doctrine et n'a pas été repris dans le règlement du 24 juin 2016. Cette règle impose aux parties, lors de la liquidation de leur régime, de liquider plusieurs régimes successifs. **1156**

Les circonstances qui modifient la loi applicable, pour l'avenir, au régime matrimonial sont les suivantes :
- lorsque la loi de la résidence habituelle et la loi nationale commune coïncident, à la suite d'un changement de résidence ou de nationalité ;
- lorsque, après le mariage, les époux changent de résidence habituelle et celle-ci dure plus de dix ans. Cette loi se substitue à celle de leur première résidence habituelle ;
- pour la détermination objective de la loi applicable, en l'absence de résidence habituelle commune, la convention retient la loi de la nationalité commune.

§ III Le droit applicable aux époux mariés avant le 1er septembre 1992

En application du principe de l'autonomie, les époux ont la possibilité de choisir leur régime matrimonial. Cette liberté est totale et n'est pas limitée, comme cela est le cas par la convention de La Haye, sauf cas de fraude ou choix contraire à l'ordre public. En l'absence de choix de loi, il faut déterminer la loi tacitement retenue par les époux et la notion de **premier domicile matrimonial** est primordiale, comme cela a été consacré par la jurisprudence *Zelcer* (181). Par principe, ce choix est déterminé une fois pour toutes. Il n'existe pas de mutabilité automatique. Le changement de régime matrimonial peut être envisagé par les époux uniquement si la loi choisie le permet. **1157**

(180) Conv. La Haye, art. 8.
(181) Cass. req., 4 juin 1935 : *Rev. crit. DIP* 1936, 755, note Basdevant.

Sous-section II Les successions

1158 Les règles en matière de succession internationale ont été complètement bouleversées par l'entrée en vigueur le 17 août 2015 du règlement européen n° 650/2012 du 4 juillet 2012 **(§ I)**. Le règlement met en place des principes d'autonomie de la volonté et d'unité de la succession. Il crée un certificat successoral européen (182), qui permet de prouver les qualités des héritiers, leurs droits et pouvoirs, et ainsi de faciliter l'administration des successions internationales entre États membres. Ce règlement est maintenant bien connu des notaires. Le principe scissionniste français sera néanmoins rappelé **(§ II)** puisqu'il s'applique encore pour les successions ouvertes avant le 17 août 2015.

§ I Le règlement « Successions »

1159 Ce règlement s'applique à tous les États membres, à l'exception du Danemark, du Royaume-Uni et de l'Irlande pour toutes les successions ouvertes après le 17 août 2015. Il est d'application universelle. Il règle les questions civiles des successions, y compris les questions liées aux partages amiables ou judiciaires, à l'exception des relations familiales, des intérêts patrimoniaux du mariage, des régimes matrimoniaux, des obligations alimentaires ou des donations entre époux.

La loi applicable est définie dans un chapitre III. À défaut de choix, l'article 21 retient comme critère principal de rattachement **la dernière résidence habituelle du défunt**. Ce n'est qu'à titre exceptionnel et uniquement quand « il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que, au moment de son décès, le défunt présentait des liens manifestement plus étroits avec un État autre que celui dont la loi serait applicable en vertu du paragraphe 1, [que] la loi applicable à la succession est celle de cet autre État ».

L'article 22 du règlement permet à une personne **de choisir la loi** qui sera applicable à sa succession : c'est la *professio juris*. Ce choix est néanmoins encadré. Il ne peut s'agir que de « la loi de l'État dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès. Une personne ayant plusieurs nationalités peut choisir la loi de tout État dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès ».

L'article 35 du règlement prévoit les conditions dans lesquelles l'exception d'ordre public peut être mise en œuvre : « L'application d'une disposition de la loi d'un État désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for ». Cette disposition a donné lieu à doctrine sur la question de la réserve. Celle-ci peut-elle être opposée pour éviter l'application de la loi étrangère qui ne connaît pas de réserve héréditaire ? Deux arrêts de la Cour de cassation (183) précisent qu'en principe, lorsque la loi applicable ne connaît pas la réserve, il ne peut y avoir de contrariété à l'ordre public, sauf dans le cas où l'héritier évincé est en situation de précarité économique. Cette appréciation reste cependant très délicate. Cette question est plus particulièrement développée par la troisième commission (184).

(182) Sur cette question, V. *infra*, n° 1445.
(183) Cass. 1re civ., 27 sept. 2017, nos 16-17.198 et 16-13.151 : *JCP* G 2017, p. 2117, comm. C. Nourissat et M. Revillard.
(184) V. *infra*, n° 3422.

§ II Le principe scissionniste français

1160 Ce principe reste valable pour toutes les successions ouvertes avant le 17 août 2015. Ces règles sont donc en voie de disparition, mais les principes sont néanmoins rappelés. Deux adages s'appliquent : *mobilia sequuntur personam* (la loi du lieu du dernier domicile du défunt régit les successions mobilières), la *lex rei sitae* (la loi de situation des immeubles régit les successions immobilières). La qualification des biens meubles et immeuble devra s'effectuer *lege fori* (185). Il peut exister plusieurs masses qui seront traitées de façon indépendante. La réserve se calcule masse par masse. Afin de limiter le morcellement de la succession, la cour a admis le renvoi lorsqu'il permet de restaurer son unité (186). La loi étrangère peut également être écartée par le jeu de l'ordre public.

Les successions ont été le terrain de prédilection du renvoi afin de remédier aux inconvénients du morcellement successoral dû à ce système. C'est la jurisprudence qui a consacré cette notion en matière de successions mobilières (187), plus progressivement en matière immobilière (188). Aujourd'hui, à partir du moment où le renvoi permet d'assurer l'unité successorale et l'application d'une même loi aux meubles et aux immeubles, le renvoi est admis (189).

Section IV Les obligations

1161 Les obligations contractuelles **(Sous-section I)** sont énoncées les premières. Les règles de conflit de loi applicables aux obligations non contractuelles sont exposées à la **sous-section II**.

Sous-section I Les obligations contractuelles

1162 Depuis l'entrée en vigueur le 17 décembre 2009 du règlement n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « Rome I », celui-ci constitue le droit

(185) V. *supra*, n° 1022.
(186) Cass. 1re civ., 11 févr. 2009, *Riley*.
(187) Cass. req., 22 févr. 1882, *Forgo : GAJFDIP*, nos 7 et 9.
(188) Cass. 1re civ., 5 juill. 1933 : *S.* 1934, 1, p. 337, note Niboyet. – Cass. 1re civ., 1er mars 2000, *Ballestrero : Dr. et patrimoine* juill.-août 2000, p. 97 ; *JCP* N 2001, p. 92, note G. Légier. Dans cette affaire, M. Ballestrero était décédé le 26 mars 1983 à son domicile français, laissant un patrimoine comprenant des immeubles situés en France, des immeubles situés en Italie et de nombreux biens mobiliers en France. Par testament, le défunt avait fait des legs en faveur de son épouse et de ses deux enfants. Ces derniers contestèrent les opérations de liquidation de la succession, alléguant le dépassement de la quotité disponible. La cour d'appel de Paris, le 19 février 1998, considéra que les juridictions françaises n'étaient pas compétentes pour connaître du sort des immeubles situés en Italie. En conséquence, elle estima que les biens concernés n'avaient pas à entrer dans le calcul de la quotité disponible. Les héritiers formèrent alors un pourvoi en cassation, reprochant à la cour d'appel de n'avoir pas tenu compte du renvoi opéré par la règle de conflit italienne à la loi française. La Cour de cassation censura l'arrêt d'appel au motif que : « Le montant de la réserve héréditaire est déterminé par la loi successorale qui, s'agissant de la succession immobilière, est celle du lieu de situation des immeubles, sous réserve du renvoi éventuel opéré par la loi étrangère à une autre loi, et spécialement celle du *for* ». – Cass. 1re civ., 20 juin 2006 : *JDI* 2007, p. 125, note H. Gaudemet-Tallon. – Cass. 1re civ., 11 févr. 2009 : *JCP* G 2009, 10068, note F. Boulanger. – Cass. 1re civ., 25 mai 2016, n° 25-16.935 : *Dr. famille* 20016, comm. 193, M. Farge.
(189) Sur cette question, V. *infra*, commission 3, nos 3411 et s.

positif dans cette matière **(§ I)**. Il faut néanmoins rappeler les règles fixées par la Convention de Rome du 19 juin 1980, entrée en vigueur le 1er avril 1991 et qui s'applique aux contrats conclus après cette date et avant le 17 juin 2008 **(§ II)**, ainsi que les règles jurisprudentielles qui s'appliquaient avant cette dernière période **(§ III)**.

§ I Le règlement Rome I

1163 L'article 1 du règlement précise son champ d'application : les obligations contractuelles relèvent de la « matière civile et commerciale ». Il s'applique à la formation du contrat, à son interprétation, à ses effets, à l'exécution des obligations, aux questions d'exécution et de mauvaise exécution, aux actions en nullité qui pourraient être intentées. L'article 3 de la convention détermine un principe d'autonomie de la volonté. Le choix de loi doit être exprès.

À défaut de choix, l'article 4 édicte huit rattachements spéciaux et prédéterminés pour les contrats nommés. Ainsi, pour la vente de biens, la loi applicable est la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle ; pour les contrats de prestations de services, la loi applicable est la loi du pays dans lequel le prestataire de services à sa résidence habituelle ; pour le contrat qui a pour objet un droit réel immobilier ou un bail, la loi applicable est la loi du pays de situation de l'immeuble.

Par ailleurs, le règlement prévoit des règles particulières pour certaines catégories de contractants telles que les contrats de transport de marchandises et de personnes (art. 5), les contrats de consommation (art. 6), les contrats d'assurance (art. 7) et les contrats de travail (art. 8).

Le règlement précise également qu'il n'affecte pas les conventions bilatérales conclues par les États membres telles que la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels que la France a ratifiée et la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation.

Par ailleurs, l'article 4, § 3 du règlement met en place une clause dite « d'exception » qui rappelle le principe de proximité déjà évoqué (190). Lorsque la loi applicable ne peut être déterminée en vertu des rattachements fixes et prédéterminés, et « qu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 et 2, la loi de cet autre pays s'applique ».

Le règlement Rome I précise qu'elle remplace, entre les États membres, la convention de Rome, à l'exception des États qui entrent dans le champ d'application territorial de cette convention de Rome et qui n'ont pas signé l'accord de coopération.

§ II La Convention de Rome du 19 juin 1980

1164 Cette convention s'applique à tous les contrats conclus après le 1er avril 1991, date de son entrée en vigueur, et avant le 17 décembre 2009. Au contraire du règlement Rome I qui détermine des règles fixes et prédéterminées, la convention ne pose que des présomptions. Ces règles sont toutefois en voie de disparition et, en conséquence, il ne sera rappelé que quelques principes. Cette convention reprend une jurisprudence antérieure (191) qu'elle consacre textuellement en affirmant que la loi applicable est celle que les parties ont choisie. Sous l'influence des théories américaines, il est possible pour les parties de soumettre leur

(190) Sur cette notion, V. *supra*, n° 1095.
(191) Cass. 1re civ., 5 déc. 1910, *American Trading : GAJFDIP*, n° 11.

contrat à plusieurs lois. Ce choix de loi ne doit cependant pas défavoriser un certain nombre de personnes, qualifiées de « parties faibles », qui bénéficient de réglementation particulière. Il s'agit des consommateurs (192) et des contrats individuels de travail (193).

En l'absence de choix de loi, l'article 4, § 1 dispose que s'applique la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits. Les paragraphes 3 à 5 posent un certain nombre de présomptions. C'est un système très souple qui laisse une large part au juge.

§ III Les règles jurisprudentielles antérieures à la convention de Rome

1165 Les règles posées par la jurisprudence ont été largement reprises par la convention et le règlement. Celles-ci s'appliquent encore aux obligations antérieures au 1er avril 1991. Les contentieux en la matière s'initiant parfois très longtemps après la signature des contrats, ces règles sont tout de même évoquées. Elles sont de construction jurisprudentielle, en l'absence de règle particulière dans le Code civil.

Pendant longtemps, les obligations étaient soumises à la loi du lieu de conclusion du contrat, la *locus regit actum*. Puis, le principe de l'autonomie de la volonté qui s'est développé au cours du XIXe siècle a mis en avant le principe de choix de loi qui a été affirmé par la Cour de cassation le 5 décembre 1910 (194).

La loi applicable aux contrats est celle que les parties ont adoptée. La Cour a également considéré qu'il faut d'abord s'attacher à la loi que les contractants ont manifestée, que cette manifestation soit expresse, ou « induite des faits et circonstances et la cause, ainsi que des termes du contrat ». Puis, dans un arrêt du 21 juin 1950 (195), la Cour a précisé que « tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un État ».

Ce principe a encore été rappelé récemment dans un arrêt du 17 mai 2017 (196).

Lorsque les parties n'ont pas désigné de loi applicable, le juge doit la déterminer en analysant « l'économie de la convention et les circonstances de la cause » (197).

Sous-section II Les obligations non contractuelles

1166 Les obligations non contractuelles relèvent aujourd'hui du règlement no 864/2007 du 11 juillet 2007, dit « Rome II », d'application universelle. Ce règlement traite des questions de conditions et d'étendue de la responsabilité, des causes d'exonération, des modes de réparation du dommage, des possibilités de transmission du droit à réparation **(§ I)**. Cependant, son article 28 précise qu'il « n'affecte pas l'application des conventions internationales auxquelles un plusieurs États membres sont parties ». De fait, certaines conventions de La Haye continuent de s'appliquer **(§ II)**. Enfin, il n'est pas inutile de présenter en quelques mots le droit antérieur qui continue à s'appliquer pour toutes les obligations non contractuelles dont le fait générateur a eu lieu avant le 11 janvier 2009 ou non couvert par le règlement ou les conventions **(§ III)**.

(192) Conv. Rome 19 juin 1980, art. 5.
(193) Conv. Rome 19 juin 1980, art. 6.
(194) Cass. 1re civ., 5 déc. 1910, *American Trading : GAJFDIP*, no 11.
(195) Cass. 1re civ., 21 juin 1950, *Messagerie Maritime : Rev. crit. DIP* 1950, 609, note Batiffol.
(196) Cass. 1re civ., 17 mai 2017, no 15-28.767 : *JCP* G 2017, p. 1727, obs. C. Nourissat.
(197) Cass. 1re civ., 6 juill. 1959, *Sté des Fourrures Revel : GAJFDIP*, no 35. – Cass. 1re civ., 6 juill. 1959, *Mercator-Press : Rev. crit. DIP* 1980, p. 576, note H. Battifol.

§ I Le règlement n° 864/2007 du II juillet 2007, dit « Rome II »

1167 Le règlement Rome II s'applique aux obligations non contractuelles. Il est entré en vigueur le 11 janvier 2009. Il prévoit à l'article 14 que les parties **peuvent choisir la loi applicable** par un accord postérieur à la survenance du fait générateur ou, lorsque les parties exercent toutes deux une activité commerciale, par un accord librement négocié avant la survenance du dommage. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des circonstances. Le choix de loi est illimité, sous réserve de ne pas porter atteinte aux droits des tiers et des règles d'ordre public interne du pays où tous les éléments de la situation sont localisés.

À défaut de choix de loi, le règlement prévoit un rattachement objectif à l'article 4. L'adage *lex loci damni* a été retenu : la loi applicable est par principe celle du pays où le dommage survient. Une exception est prévue par ce même article lorsque les parties ont leur résidence habituelle dans le même pays. Par application du principe de proximité, la loi de ce pays est retenue.

Les articles 8 à 12 du règlement prévoient quelques rattachements spéciaux, notamment concernant les atteintes aux droits de la propriété intellectuelle, de la responsabilité du fait de grève, en matière d'enrichissement sans cause et de gestion d'affaire ou encore de dommages résultant de tractations avant la conclusion du contrat.

Enfin, et encore pour mettre en avant le principe de proximité, l'article 4 prévoit une clause d'exception en cas de défaillance du rattachement fixe lorsque « le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 ou 2 ».

§ II Les conventions de La Haye

1168 Deux conventions de La Haye continent à s'appliquer. Il s'agit, d'une part, de la Convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière qui maintient le principe de l'application de la loi du lieu de survenance de l'accident et énonce certaines exceptions dans son article 4.

1169 Il s'agit, d'autre part, de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits, qui concerne les rapports entre victime tiers par rapport au fabricant, fournisseur, producteur ou réparateur. Cette convention a été ratifiée par onze pays, dont la France le 1er octobre 1977. La convention prévoit par principe une règle de conflit de lois cumulative : « La loi applicable est celle du lieu du fait dommageable d'une part et *a)* l'État de la résidence habituelle de la personne directement lésée, ou *b)* l'État de l'établissement principal de la personne dont la responsabilité est invoquée, ou *c)* l'État sur le territoire duquel le produit a été acquis par la personne directement lésée ». Elle met en place une exception pour la loi de la résidence habituelle de la personne directement lésée lorsque cet État est celui « de l'établissement principal de la personne dont la responsabilité est invoquée, ou *b)* l'État sur le territoire duquel le produit a été acquis par la personne directement lésée ».

§ III Le droit interne

1170 Le droit interne rattache par principe les faits juridiques à la loi du fait générateur de la situation dudit fait. La solution a été définie par une des plus anciennes affirmations de la

doctrine des conflits de lois par la locution *lex loci delicti*. Ce rattachement a été consacré par la jurisprudence par l'arrêt *Lautour* du 25 mai 1948 (198).

Dans cet arrêt, un accident de la circulation a lieu en Espagne entre un camion d'une entreprise française, qui heurte un train et cause un dommage à un autre camion appartenant à une société française Les juges du fond appliquent la loi française. La cour casse leur décision et précise que la loi compétente est la loi du lieu où le délit a été commis.

Ce principe a continué d'être affirmé par la jurisprudence qui l'a appliqué pour l'indemnisation de victimes par ricochet et pour tous les délits.

L'arrêt *Mobil north sea* (199) a déterminé la loi applicable en matière de délits complexes (lorsque l'on peut constater une dissociation dans le temps et dans l'espace entre le lieu du fait générateur et le lieu de réalisation du dommage) en retenant la loi de réalisation du dommage : *lex loci damni*. Cette règle a annoncé celle finalement retenue par le règlement Rome II.

Section V Les biens

Le droit des biens est fortement marqué par la tradition territorialiste (200). Il repose sur une distinction traditionnelle entre biens corporels **(Sous-section I)** et biens incorporels **(Sous-section II)**. **1171**

Sous-section I Les biens corporels

§ 1 Les immeubles

La règle de conflit de lois définit pour les biens corporels la loi applicable pour tous les droits réels, que ce soit le droit de propriété, le démembrement, l'usufruit, les servitudes, les droits réels accessoires. Le principe est fixé par **l'article 3, alinéa 2 du Code civil** : « Les immeubles, même possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ». Cette règle de conflit de lois s'est bilatéralisée (201). Néanmoins, il est aujourd'hui nécessaire de coordonner cette règle avec le règlement « Successions » qui fait dépendre l'ensemble des biens appartenant au défunt à la loi de la dernière résidence habituelle si celui-ci n'a pas effectué de choix de loi, ainsi qu'avec le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles et le choix de loi laissé aux parties. Un arrêt de la Cour de cassation (202) répartit la loi qui régit la créance et celle qui s'applique à l'hypothèque qui garantit la créance. Des règles particulières sont également prévues pour les contrats internationaux de construction immobilière, de crédit immobilier, ou en présence d'une procédure d'insolvabilité (203). Ces questions étant détaillées par la quatrième commission (204), elles ne sont donc pas détaillées dans cette partie. **1172**

(198) Cass. 1re civ., 25 mars 1948 : *GAJFDIP*, n° 19.
(199) Cass. 1re civ., 11 mai 1999, n° 97-13.972 : *JCP* G 1999, II, 10183, note H. Muir Watt.
(200) V. *supra*, n° 1010.
(201) V. *supra*, n° 1092.
(202) Cass. 1re civ., 19 janv. 1999 : *JCP* G 2000, II, 10248, T. Vignal.
(203) PE et Cons. UE, règl. n° 2015/848, 20 mai 2015.
(204) V. *infra*, n° 4252 et s.

§ II Les meubles

1173 Le principe du rattachement des meubles à la loi de leur situation a été énoncé par la cour en 1872 (205). Cet arrêt a précisé que les meubles possédés en France par un étranger sont régis par la loi française en ce qui concerne les questions de possession, de privilèges et de voies d'exécution. La formule a été étendue par l'arrêt du 24 mai 1933 (206), qui précise que la loi française est applicable aux droits réels dont sont l'objet les droits mobiliers en France (207). La principale difficulté est liée au conflit mobile. En effet, le déplacement du bien mobilier entraîne la modification de la loi applicable puisqu'il faut retenir par principe la situation actuelle du meuble. Cette solution a été consacrée dans un arrêt de la Cour de cassation du 8 juillet 1969 (208).

Sous-section II Les biens incorporels

1174 Les biens incorporels en droit international privé regroupent les questions de propriété intellectuelle **(§ I)**, les créances **(§ II)** et les valeurs mobilières **(§ III)**.

§ I La propriété intellectuelle

1175 Il existe des conventions internationales, comme la Convention de Paris du 20 mars 1883 qui a créé l'Union pour la protection de la propriété industrielle, ou la Convention de Berne du 6 septembre 1952 sur la propriété littéraire et artistique, qui sont essentiellement applicables en la matière. De façon générale, ces conventions retiennent **la loi du pays dans lequel la protection est réclamée**.

À défaut, la détermination de la loi applicable pour la propriété intellectuelle est fragmentée. Le règlement Rome I sur les obligations contractuelles ne prévoit pas de disposition spécifique. En conséquence, les parties peuvent choisir la loi qui leur est applicable. À défaut, il faudra se référer à l'article 4 qui définit les rattachements objectifs. Le règlement Rome II précise, dans son 26e considérant, la notion de droit intellectuel. Son article 8 désigne la loi du pays pour lequel la protection est demandée.

§ II Les créances

1176 Le règlement Rome I sur les obligations contractuelles régit les créances, qu'elles soient ordinaires, privilégiées, titres de sociétés, titres négociables, nominatifs, à ordre, au porteur. Le règlement règle également la question du transfert pur et simple et, à titre de garantie, les nantissements ou les autres sûretés sur les créances. L'article 14 du règlement prévoit un choix de loi par les parties. À défaut, l'article 4, § 2 désigne **la loi de la résidence habituelle de la partie qui doit fournir la prestation**, soit la loi du cédant.

Il faut relever que la Commission européenne a présenté le 12 mars 2018 une proposition de règlement sur la loi applicable à l'opposabilité des cessions de créances, question peu abordée par le règlement Rome I. À ce stade, la proposition de règlement retient comme règle de rattachement la loi de la résidence habituelle du cédant ou, le cas échéant, l'auto-

(205) Cass. req., 19 mars 1872, *Craven : S.* 1872, 1, p. 238.
(206) Cass. req., 24 mai 1933, *Kantoor de Mas : S.* 1935, 1, p. 235, note H. Battifol.
(207) Loussouarn, Bourel et de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, 10e éd.
(208) Cass. 1re civ., 8 juill. 1969, no 07-19.465, *Diac : JCP* G 1970, II, 16182.

nomie de la volonté. Il faut aussi souligner que certaines cessions (strictement énumérées, par exemple les cessions découlant d'instruments financiers) seront soumises, par dérogation, à la loi de la créance cédée.

§ III Les valeurs mobilières

Par principe, l'émission de valeur mobilière est régie par la *lex societatis*, loi applicable à la société. Le règlement Rome I sur les obligations contractuelles détermine la loi applicable au contrat d'émission. La loi applicable au contrat de cession est désignée par les articles 3 et 4 du règlement. À défaut de choix de loi par les parties, le contrat est régi par **la loi de la résidence habituelle du cédant**, conformément à l'article 4 du règlement Rome I. **1177**

SOUS-TITRE II

Les conflits de juridictions

Dans une situation internationale, la règle de conflit de lois permet de déterminer la loi applicable, et la règle de conflit de juridictions le juge compétent. Dans une situation présentant un élément d'extranéité, comme par exemple la demande en divorce introduite en France par des époux allemands, il y a une pluralité de juridictions potentiellement compétentes pour traiter du litige : les juridictions allemandes ou les juridictions françaises. **1178**

Dans une approche classique du droit international privé, le conflit de juridictions n'a qu'un rôle secondaire par rapport au conflit de lois. En effet, si l'on part de la conception de droit romain, au niveau interne la loi crée le droit, le juge ne fait que l'appliquer. Il y a une supériorité de la loi sur le juge que l'on peut transposer au niveau international comme la supériorité du conflit de lois sur le conflit de juridictions. Pour reprendre la formule de Montesquieu, « les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi » (209). Il n'y a pas de réelles règles de « conflits de juridictions », car ces règles ne désignent pas la loi qui détermine la juridiction compétente, mais déterminent directement la juridiction ; ce sont des règles matérielles. **1179**

Chaque État détermine si ses juridictions sont compétentes pour traiter du litige. **1180**

Le juge français peut-il se déclarer compétent pour cette action ? Il s'agit de la question de la compétence judiciaire internationale **(Chapitre I)**.

Cela induit que les juridictions de plusieurs États pourraient se reconnaître compétentes (*conflit positif*), comme l'inverse (*conflit négatif*). Lorsqu'un système juridique étranger s'est reconnu compétent, de son côté le système juridique français accepte-t-il de le prendre en compte, et à quelles conditions ?

Chaque État fixe également les conditions de la reconnaissance des décisions étrangères et de leur exécution sur son territoire **(Chapitre II)**.

(209) Montesquieu, *L'esprit des lois*, Livre XI, Chapitre 6.

CHAPITRE I La compétence internationale des tribunaux français

1181 Les juges français sont-ils compétents pour connaître d'un litige international ?

Avant de répondre à cette question, il convient d'apporter quelques précisions sur la nature de la compétence des tribunaux français.

En droit judiciaire français, il existe deux catégories de règles de compétence : les règles de compétence d'attribution et les règles de compétence territoriale. Les règles de compétence d'attribution sont fonction de la matière du litige : s'agit-il d'une affaire civile qui relève de la compétence des juridictions civiles, ou d'une affaire administrative qui relève de la compétence des juridictions administratives ? Les règles de compétence territoriale, quant à elles, déterminent le lieu où le procès doit se tenir.

La compétence internationale soulève-t-elle alors la question de la compétence d'attribution, ou celle de la compétence territoriale ?

La compétence internationale suppose l'existence d'un élément d'extranéité, et en présence de cet élément d'extranéité, le juge français doit vérifier s'il est compétent non pas à titre personnel ou « spécial », mais si les tribunaux français et plus exactement l'« ordre juridictionnel français » sont compétents d'une manière « générale ».

La question de la compétence internationale ne se limite donc pas à une question territoriale puisque l'ordre juridictionnel français représente la souveraineté française, et celle-ci peut être représentée non seulement par les tribunaux français, mais aussi par les consuls français à l'étranger ; alors qu'à l'inverse un consul étranger sur notre territoire ne fera pas partie de cet ordre juridictionnel.

La compétence internationale est-elle alors une compétence d'attribution ? Si la question est celle de la compétence d'un groupe de tribunaux, la réponse est affirmative. Mais rappelons que chaque État fixe unilatéralement, en vertu du principe de souveraineté, les règles de compétence d'attribution de **ses** tribunaux et qu'en aucun cas l'État français ne peut décider de la compétence d'une juridiction étrangère, ni répartir la compétence entre les différents tribunaux nationaux d'un État étranger, mais qu'il peut uniquement indiquer la compétence ou l'absence de compétence des juridictions françaises (210).

1182 L'État français n'a pas fixé de règles générales de compétence de ses juridictions au niveau international. En revanche, deux articles du Code civil prévoient la compétence des tribunaux français du fait de la nationalité française, tant celle du demandeur que celle du défendeur dans le litige (211).

En l'absence de règles, la jurisprudence française a pris le relais et a posé la règle selon laquelle les tribunaux français sont compétents par extension des règles internes aux litiges internationaux **(Section III)**.

Et, au-delà de la jurisprudence, la compétence des tribunaux français résulte aujourd'hui de conventions internationales **(Section II)** et surtout de règlements européens **(Section I)**.

(210) Cass. 1re civ., 13 mai 2015, no 13-21.827.

(211) C. civ., art. 14 : « L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français ».
C. civ., art. 15 : « Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger ».

Pour répondre à la question de la compétence des juges français, dans le respect de la hiérarchie des normes, le raisonnement doit être le suivant :

Une norme européenne ou internationale donne-t-elle compétence aux tribunaux français ?

Dans la positive, il convient de l'appliquer.

Dans la négative, il convient de vérifier les règles internes de compétence.

Section I Les règlements de l'Union européenne

1183 L'Europe, à la recherche d'une zone de liberté, de sécurité et de justice, s'est dotée progressivement de son propre système judiciaire. Mais en son sein, chaque État définit ses propres règles de compétence juridictionnelle, provoquant cumul de compétences et *forum shopping*. Pour remédier à la situation, l'Europe a élaboré des règles uniformes de compétence.

Le premier texte, auquel a participé la France, est la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Ce texte a eu pour but de créer un espace judiciaire commun à l'intérieur duquel la compétence juridictionnelle était répartie entre les pays par des règles communes, et à l'intérieur duquel les jugements d'un État membre circulaient plus facilement qu'en dehors de cet espace. S'agissant de la libre circulation des décisions des États membres, ce point sera étudié dans le chapitre sur la reconnaissance des décisions étrangères et leur exécution (V. *infra*, nos 1314 et s.).

Cette convention est entrée en vigueur entre les six États membres de la Communauté économique européenne, le 1er février 1973, a été modifiée par suite des adhésions successives d'autres États à l'Union européenne par les conventions de Luxembourg et de San Sebastiano, et a été transformée en règlement (212) du 22 décembre 2000, dit « Bruxelles I ».

Ce règlement s'applique aux États de l'Union européenne à l'exception du Danemark, et pour toute action introduite à partir du 1er mars 2002.

S'agissant du Danemark, initialement non lié par la convention de Bruxelles, bénéficiaire d'une clause d'*opt in* (213) depuis le traité d'Amsterdam (214), cet État a signé un accord le 11 novembre 2005 avec l'ex-Communauté européenne, lequel est entré en vigueur le 1er juillet 2007.

Le règlement Bruxelles I, applicable depuis le 1er juillet 2007 dans tous les États membres sans exception, a été modifié et désormais le règlement no 1215/2012 du 12 décembre 2012 dit, « Bruxelles I *bis* », est applicable à l'ensemble des États membres, et pour toute action introduite à compter du 10 janvier 2015. La jurisprudence de la Cour de justice rendue sous l'empire de la convention reste d'application dès lors que le règlement reprend les mêmes termes que la convention.

1184 Depuis, l'Europe a adopté de nombreux règlements fixant des règles de compétence dans d'autres matières : le règlement no 2201/2003 du 27 novembre 2003, dit « Bruxelles II *bis* », en matière familiale, le règlement no 650/2012 du 4 juillet 2012 en matière successorale, les

(212) Règl. no 44/2001.

(213) Clause permettant de ne pas être concerné par les règles de droit international privé.

(214) Le 2 octobre 1997, les ministres des Affaires étrangères des quinze États ont signé le traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, et qui est entré en vigueur le 1er mai 1999.

règlements nos 2016/1103 et 2016/1104 du 24 juin 2016 en matière de régimes matrimoniaux et partenariats enregistrés.

Le règlement Bruxelles I *bis*, qui a le champ d'application le plus large, sera étudié ci-après avec plus de précision **(Sous-section I)**, tandis que les autres règlements **(Sous-section II)** seront simplement portés à la connaissance.

Sous-section I Le règlement Bruxelles I *bis*

1185 Le règlement Bruxelles I *bis* fixe les règles de compétence des tribunaux entre les États en Europe **(§ II)**. Ces règles sont applicables dès lors que certaines conditions sont remplies **(§ I)**.

§ I Les conditions d'applicabilité

1186 Pour que le règlement Bruxelles I *bis* puisse s'appliquer, il faut la réunion de trois conditions : temporelle, matérielle et territoriale.

A/ Un champ d'application *ratione temporis*

1187 Le règlement Bruxelles I *bis*, entré en vigueur depuis le 10 janvier 2013, est applicable aux actions introduites à compter du 10 janvier 2015 (art. 66).

Les actions introduites entre le 1er mars 2002 et avant le 10 janvier 2015 relèveront du règlement Bruxelles I.

B/ Un champ d'application *ratione materiae*

1188 L'article 1-1 du règlement dispose : « Le présent règlement s'applique en matière civile et commerciale et quelle que soit la nature de la juridiction. Il ne s'applique notamment ni aux matières fiscales, douanières ou administratives, ni à la responsabilité de l'État pour des actes ou des omissions commis dans l'exercice de la puissance publique (*acta jure imperii*) ».

Le règlement Bruxelles I *bis* ne s'applique donc pas au droit public. Dès lors qu'un acte sera exécuté dans l'exercice de la puissance publique, tout litige y afférant sera exclu de l'application du règlement.

Compte tenu des diverses définitions de droit public existant dans les différents États membres, la Cour de justice des Communautés européennes est venue apporter des précisions à cette définition. La Cour avait déjà précisé, au sujet de l'applicabilité de la convention de Bruxelles, qu'est « exclue du champ d'application de la convention une décision rendue dans un litige, opposant une autorité publique à une personne privée, où l'autorité publique a agi dans l'exercice de la puissance publique » (215). Dans un litige opposant la société Bayer à la société Réalchimie, la Cour de justice de l'Union européenne indique que le champ d'application du règlement (caractères civil et commercial) est déterminé essentiellement en raison des éléments qui caractérisent la nature des rapports juridiques entre les parties au litige ou l'objet de celui-ci. L'objet dudit litige est l'autorisation d'exécuter aux Pays-Bas les six décisions rendues par les tribunaux allemands qui infligeaient des amendes à la société Réalchimie, à la demande de la société allemande Bayer qui avait interdit à cette

(215) CJCE, 14 oct. 1976, aff. C-29/76, *Eurocontrol*.

dernière d'importer, de détenir et de commercialiser des pesticides en Allemagne, cette interdiction étant fondée sur une allégation de contrefaçon de brevet.

La Cour décide que « l'action ainsi intentée a pour but de sauvegarder des droits privés et ne suppose pas une manifestation de prérogatives de puissance publique par l'une des parties au litige. En d'autres termes, le rapport juridique existant entre Bayer et Réalchimie doit être qualifié de "rapport juridique de droit privé" et relève donc de la notion de "matière civile et commerciale", au sens du règlement nº 44/2001 » (216). En matière de droit du travail, dans un arrêt *Mahamdia* du 19 juillet 2012 (217), la Cour considère que les litiges entre les employés d'une ambassade et l'État concerné relèvent de la compétence juridictionnelle des tribunaux allemands lorsque le travailleur n'a pas accompli pour l'État dont il est l'employé **des activités relevant des fonctions souveraines de cet État**. Pour cela, la Cour relève que, le demandeur étant chauffeur à l'ambassade, ses activités n'entrent pas dans l'exercice de l'autorité publique de l'État défendeur, mais constituent une activité auxiliaire par rapport à l'exercice de la souveraineté de celui-ci.

1189 Le règlement Bruxelles I *bis* (218) exclut également de son application « l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux ou les régimes patrimoniaux relatifs aux relations qui, selon la loi qui leur est applicable, sont réputés avoir des effets comparables au mariage », « les faillites, concordats et autres procédures analogues », « la sécurité sociale », « l'arbitrage », « les obligations alimentaires découlant de relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance », « les testaments et les successions, y compris les obligations alimentaires résultant du décès ». Ces matières font l'objet de règles propres.

En réalité, d'une manière générale, le règlement exclut de son champ d'application toutes les dispositions qui, dans des matières particulières, règlent la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions et qui sont contenues dans les actes de l'Union ou dans les législations nationales harmonisées en exécution de ces actes (219).

Les champs d'application temporel et matériel ayant été abordés, il reste à analyser la dernière condition : le champ d'application territorial.

C/ Un champ d'application *ratione loci*

1190 Le règlement est applicable sur le territoire de l'ensemble des États membres ainsi qu'au Danemark en vertu d'un accord signé le 19 octobre 2005.

Pour que le règlement Bruxelles I *bis* puisse s'appliquer, il faut bien évidemment que le litige soit international, mais également qu'il y ait **un lien avec le territoire d'un État membre**. Cette exigence est prévue par le considérant 13 du règlement (220). Ce lien est constitué par **le domicile ou le siège social du défendeur** dans un État membre. S'agissant de la preuve de ce lien, la Cour de justice de l'Union européenne inverse la charge, et décide que le règlement est applicable dès lors que le juge saisi ne dispose pas d'indices probants lui permettant de conclure que le défendeur est domicilié en dehors du territoire européen (221).

(216) CJCE, 18 oct. 2011, aff. C-406/09, *Réalchimie*.
(217) CJUE, 19 juill. 2012, aff. C-154/11, *Mahamdia*.
(218) Art. 1er, al. 2.
(219) Règl. Bruxelles I *bis*, art. 67.
(220) Règl. Bruxelles I *bis*, consid. 13 : « Il doit y avoir un lien entre les procédures relevant du présent règlement et le territoire des États membres. Des règles communes en matière de compétence devraient donc s'appliquer en principe lorsque le défendeur est domicilié dans un État membre ».
(221) CJUE, 15 mars 2012, aff. C-292/10, *Cornelius de Visser*.

L'application du règlement nécessite également **un élément d'extranéité**, peu importe que l'affaire concerne un État membre ou un État tiers (222).

1191 Par dérogation au principe ci-dessus, il est des situations où même si le défendeur n'a pas son domicile dans un État membre, le règlement Bruxelles I *bis* sera applicable (art. 6). Il s'agit des litiges entrant dans les cas de compétence exclusive (art. 24), des litiges dans lesquelles les parties auront régularisé une convention attributive de juridiction (art. 25), des litiges concernant un contrat de consommation (art. 18), ainsi que les litiges concernant un contrat de travail (art. 21).

Les trois conditions réunies, il y a lieu d'étudier les règles de compétence.

§ II Les cas de compétence

1192 Les juges de l'État sur le territoire duquel le défendeur est domicilié sont compétents. Tel est le principe général posé par l'article 4 du règlement Bruxelles I *bis*.

Le règlement a par ailleurs donné non seulement des compétences alternatives (art. 7 et 8) ou protectrices (art. 3, 4 et 5) dans certaines matières, mais également des compétences exclusives (art. 24 et 25) à certains tribunaux autres que celui du domicile.

Ces règles obéissent donc à une hiérarchie. Le notaire pour identifier le tribunal compétent ou le juge pour vérifier sa compétence, doit raisonner ainsi :
- le litige entre-t-il dans un cas de compétence exclusive de l'article 24 ou de l'article 25 ? **(A)**
- Si la réponse est négative, le litige relève-t-il des règles protectrices d'une partie faible énoncées aux articles 3, 4 et 5 ? **(B)**
- Si la réponse est de nouveau négative, le litige relève t-il des règles de compétence générales de l'article 4 ou des règles spéciales de l'article 7 et 8 ? **(C)**

A/ La compétence exclusive

1193 Il existe deux catégories de compétence exclusive :
- celle volontaire : il s'agit des clauses de prorogation expresse de compétence (art. 25) ou de prorogation tacite (art. 26) ;
- celle fondée sur la matière du litige (223).

Tant dans l'une que dans l'autre de ces catégories, la juridiction désignée est compétente ; peu importe le domicile du défendeur, il ne peut y avoir aucune dérogation. Dès lors que le critère de rattachement concerné est situé sur le territoire de l'Union européenne, le juge est compétent.

I/ Du fait des clauses d'élection

1194 Les parties peuvent, conformément à l'article 25 du règlement Bruxelles I *bis*, convenir du ou des tribunaux d'un État membre pour connaître d'un litige né ou à naître.

Ces clauses, très fréquentes dans les relations internationales, permettent de pallier l'incertitude quant au juge compétent. Le règlement ne pose aucune condition de commercialité pour la validité de cette clause.

(222) CJCE, 1er mars 2005, aff. C-281-02, *Owusu*.
(223) Règl. Bruxelles I *bis*, art. 24.

Désormais, cette prorogation de compétence est valable même si aucune des parties n'a son domicile dans un État membre. La nullité du contrat n'entache pas la clause attributive de compétence (224), la clause est autonome.

Mais cette clause, pour être valable, ne doit pas être entachée d'une cause de nullité au regard de la loi de l'État membre choisie par celle-ci. La règle de conflit de lois ainsi fixée est que le droit matériel de l'État de la juridiction choisie fixe les conditions de validité au fond pour la clause.

Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties. Ainsi la Cour de cassation, dans un arrêt du 14 mars 2018, annulait l'arrêt qui décidait de la compétence des tribunaux français pour connaître de l'action de la société Les Chapistes parisiens contre la société Bau-Maschinen-Service, « alors que, par une clause attributive de compétence, les parties au contrat de vente avaient désigné la juridiction du siège du vendeur pour connaître de leurs différends à naître et que cette clause, conforme aux dispositions de l'article 25 du règlement, avait créé une compétence exclusive au profit de la juridiction désignée et primait la compétence spéciale de l'article 8, § 1, du même texte » (225).

1195 S'agissant de la forme de la convention attributive de juridiction, celle-ci doit être conclue par écrit ou verbalement avec confirmation écrite ou sous une forme qui soit conforme aux usages du commerce international. Cette convention peut prendre la forme d'une clause insérée dans un contrat ou d'un acte spécifique.

Pour les litiges concernant les parties faibles (assuré, consommateur, travailleur), la clause de prorogation de compétence n'est admise que si le litige est déjà né (226) et/ou si la clause augmente le nombre de juges que la partie faible peut saisir (227).

La juridiction désignée par cette clause doit, si elle est saisie, déclarer si elle est ou non compétente et toute juridiction d'un autre État membre doit surseoir à statuer pendant cette déclaration (228).

Lorsque la juridiction désignée dans la convention déclare qu'elle est compétente, toute juridiction d'un autre État membre doit se dessaisir en faveur de celle désignée.

1196 Dans le cas où l'une des parties saisit un tribunal qui n'est pas compétent en vertu du règlement, et si le défendeur comparaît devant cette juridiction sans en contester la compétence, l'article 26 du règlement Bruxelles I *bis* donne compétence au tribunal saisi, estimant qu'il s'agit d'une prorogation tacite de compétence. La Cour de justice a précisé que, pour qu'il y ait prorogation tacite de compétence, il faut une comparution volontaire mais également une non-contestation lors de celle-ci (229).

Dans les litiges concernant une partie faible (assuré, consommateur, travailleur), le juge saisi doit l'informer de son droit de contester sa compétence (230).

Si le défendeur ne comparaît pas, le tribunal saisi doit se déclarer incompétent.

Qu'il s'agisse d'une prorogation volontaire ou tacite, cette prorogation ne peut faire échec aux compétences exclusives de l'article 24 du règlement.

(224) Règl. Bruxelles I *bis*, art. 25, § 5.
(225) Cass. 1re civ., 14 mars 2018, *Sté BMS Bau-Maschinen-Service*.
(226) Règl. Bruxelles I *bis*, art. 15, 19 et 23
(227) Règl. Bruxelles I *bis*, art. 15, 19 et 23.
(228) Règl. Bruxelles I *bis*, art. 31, § 2.
(229) CJUE, 13 juill. 2017, aff. C-433/16.
(230) Règl. Bruxelles I *bis*, art. 26, § 2.

II/ Du fait des matières

1197 L'article 24 du règlement Bruxelles I *bis* dispose de la compétence exclusive dans **cinq matières**. Ainsi dans ces domaines, tout autre tribunal que celui désigné par le règlement doit d'office se déclarer incompétent, même en présence d'une clause attributive de juridiction.

Les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel se situent des immeubles sont exclusivement compétents pour statuer sur toutes les **questions relatives aux droits immobiliers** ainsi que pour toute question relative aux baux d'immeubles dont la durée est supérieure à six mois.

Les tribunaux de l'État membre dans lequel **une personne morale** a son siège sont exclusivement compétents pour toute question relative à la validité, la nullité ou la dissolution d'une société, et pour la validité des décisions de ses organes. Pour la notion de siège social, l'article 24 du règlement dispose que le juge applique les règles de son droit international privé. Il en résulte, conformément à l'article 63 du règlement, que les sociétés sont domiciliées là où est situé leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement.

Il en est de même en matière de **validité des inscriptions sur les registres publics** : les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel ces registres sont tenus sont exclusivement compétentes.

En matière d'**inscription ou de validité des brevets, marques, dessins et modèles, et autres droits analogues** donnant lieu à dépôt ou à enregistrement, les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel le dépôt ou l'enregistrement a été demandé, a été effectué ou est réputé avoir été effectué sont exclusivement compétentes. S'agissant d'action relative à la contrefaçon, la Cour de justice exclut l'application de l'article 24, § 4 du règlement Bruxelles I *bis*.

Concernant les **mesures d'exécution**, les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel ces mesures doivent être pratiquées sont de la même manière exclusivement compétents. Cette règle résulte de la coutume selon laquelle chaque État a le monopole de la contrainte sur son territoire.

À défaut d'application d'une règle de compétence exclusive, il convient de vérifier les règles protectrices d'une partie faible.

B/ Les règles protectrices d'une partie faible

1198 Le règlement Bruxelles I *bis* prévoit des règles spécifiques pour les contrats dans lesquels une partie est en situation d'inégalité supposée. Ces règles concernent les contrats d'assurance, les contrats de consommation et les contrats de travail.

Ces règles ont pour but de compenser le déséquilibre entre les parties dans ces contrats, en offrant à la partie considérée comme « faible » des fors supplémentaires. Ces règles protègent la partie faible en encadrant strictement les conditions de validité des clauses attributives de juridiction (231).

L'éloignement du tribunal compétent pouvant créer un coût supplémentaire, et donc augmenter le déséquilibre entre la partie faible et son cocontractant, la partie faible ayant la qualité de « demandeur » pourra toujours choisir de saisir le tribunal de son domicile. La

(231) Règl. Bruxelles I *bis*, art. 15, 19 et 23.

partie faible ayant la qualité de défendeur, ne pourra être attraite, pour les mêmes raisons, que devant les tribunaux de son domicile.

I/ La protection en matière de contrat d'assurance

1199 En matière de contrat d'assurance, les règles sont fixées aux articles 10 à 16. Le preneur d'assurance, l'assuré ou le bénéficiaire disposent de choix supplémentaires pour les tribunaux. Ils pourront agir contre l'assureur qui est domicilié dans un État membre en saisissant les tribunaux du domicile de l'assureur, ou les tribunaux de leu propre domicile (232). Lorsque l'assureur n'est pas domicilié dans un État membre mais a une succursale ou une agence dans un État membre, l'action pourra être portée devant les tribunaux de l'État membre où se situe cette succursale ou agence.

Le preneur d'assurance, l'assuré ou le bénéficiaire pourront également saisir les tribunaux du lieu où le fait dommageable s'est produit en matière d'assurance de responsabilité ou d'assurance portant sur un immeuble (233).

Lorsque l'action est intentée par l'assureur, elle ne peut être portée que devant les tribunaux de l'État membre du domicile du défendeur preneur d'assurance, ou assuré ou bénéficiaire (234).

Précision est ici apportée que ces dispositions ne s'appliquent pas aux contrats de réassurance (235), ni à l'appel en garantie entre assureurs fondé sur un cumul d'assurances (236). Les remarques au regard des conditions restrictives pour les clauses attributives de compétence ne s'appliquent pas aux contrats dits « grande assurance » ou couvrant de « grands risques » au sens de la directive 2009/138/CE sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (« Solvabilité II »).

II/ La protection en matière de contrat de consommation

1200 En matière de contrat de consommation, les règles sont fixées aux articles 17 à 19 du règlement Bruxelles I *bis*. L'article 17 définit le consommateur, comme une personne physique qui conclut un contrat pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle (237). La protection du règlement s'applique au consommateur lui-même et non à son cessionnaire. Ainsi en a décidé la Cour de justice dans une affaire *Shearson Lehman Hutton* (238).

(232) Règl. Bruxelles I *bis*, art. 11.
(233) Règl. Bruxelles I *bis*, art. 12.
(234) Règl. Bruxelles I *bis*, art. 14, § 1.
(235) CJCE, 6e ch., 13 juill. 2000, aff. C-412/98, *Group Josi* : « Les règles de compétence spéciales en matière d'assurances figurant aux articles 7 à 12 *bis* de ladite Convention ne couvrent pas les litiges entre un réassureur et un réassuré dans le cadre d'un traité de réassurance ».
(236) CJCE, 26 mai 2005, aff. C-77/04, *GIE Réunion européenne* : « Un appel en garantie entre assureurs, fondé sur un cumul d'assurances, n'est pas soumis aux dispositions de la section 3 du titre II de la Convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ».
(237) CJCE, 14 mars 1991, aff. C-361/89, *Di Pinto* : « Le commerçant démarché en vue de la conclusion d'un contrat de publicité relatif à la vente de son fonds de commerce ne doit pas être considéré comme un consommateur protégé par la directive 85/577/CEE du Conseil, du 20 décembre 1985, concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux ».
(238) CJCE, 19 janv. 1993, aff. C-89/91, *Shearson Lehman Hutton* : « que le demandeur, qui agit dans l' exercice de son activité professionnelle et qui n' est, dès lors, pas lui-même le consommateur, partie à l'un des contrats énumérés par le premier alinéa de cette disposition, ne peut pas bénéficier des règles de compétence spéciales prévues par la convention en matière de contrats conclus par les consommateurs ».

Cette protection est exclusive de toute activité professionnelle non seulement actuelle, mais également future (239), que cette activité soit partielle ou totale (240).

1201 Pour que le consommateur puisse bénéficier des règles protectrices, il faut une relation contractuelle. La notion de contrat a été précisée par la Cour de justice dans un arrêt *Ilsinger* (241). Pour qu'un contrat existe, il faut que le vendeur professionnel fasse une offre ferme, suffisamment claire et précise quant à son objet et à sa portée, et il faut que le consommateur l'accepte. Si ce n'est pas le cas, il y a contrat dès lors que le consommateur a passé commande. Le contrat n'a pas besoin d'être synallagmatique. Il n'a pas besoin non plus d'être conclu à distance (242).

Cette relation contractuelle doit concerner, ainsi que le prévoit l'article 17, § 1 a) à c) du règlement Bruxelles I *bis*, un des contrats suivants (243) :

- contrat de vente à tempérament d'objets mobiliers (contrats dont le prix est payable en plusieurs fois) ;
- prêt à tempérament ou autre opération de crédit liés au financement d'une vente d'objets mobiliers ;
- tout autre contrat conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités. La Cour a apporté des précisions sur la notion d'activité dirigée pour le commerce électronique dans deux affaires : la première au sujet du refus du commerçant de rembourser au client intégralement le prix d'un voyage en cargo auquel il n'avait pas participé et dont la description figurait sur internet (244) et la seconde au sujet du client qui refusait de payer au commerçant sa note d'hôtel pour un séjour réservé par internet (245).

La Cour considère que l'activité du commerçant est dirigée vers l'État membre du domicile du consommateur, en présence d'indices, à savoir : « la nature internationale de l'activité, la mention d'itinéraires à partir d'autres États membres pour se rendre au lieu où le commerçant est établi, l'utilisation d'une langue ou d'une monnaie autres que la langue ou la monnaie habituellement utilisées dans l'État membre dans lequel est établi le commerçant avec la possibilité de réserver et de confirmer la réservation dans cette autre langue, la mention de coordonnées téléphoniques avec l'indication d'un préfixe international, l'engagement de dépenses dans un service de référencement sur internet afin de faciliter aux consommateurs domiciliés dans d'autres États membres l'accès au site du commerçant ou à celui de son intermédiaire, l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau autre que

(239) CJCE, 3 juill. 1997, aff. C-269/95, *Benincasa* : « Il convient donc de répondre à la première question que les articles 13, premier alinéa, et 14, premier alinéa, de la convention doivent être interprétés en ce sens qu'un demandeur qui a conclu un contrat en vue de l'exercice d'une activité professionnelle non actuelle mais future ne peut être considéré comme un consommateur ».

(240) CJCE, 20 janv. 2005, aff. C-465/01, *Gruber* : « Une personne qui a conclu un contrat portant sur un bien destiné à un usage en partie professionnel et en partie étranger à son activité professionnelle n'est pas en droit de se prévaloir du bénéfice des règles de compétence spécifiques prévues aux articles 13 à 15 de ladite convention, sauf si l'usage professionnel est marginal au point d'avoir un rôle négligeable dans le contexte global de l'opération en cause, le fait que l'aspect extraprofessionnel prédomine étant sans incidence à cet égard ».

(241) CJCE, 14 mai 2009, aff. C-180/06, *Ilsinger*.

(242) CJUE, 6 sept. 2012, aff. C-190/11, *Muhlleitner*.

(243) CJUE, 28 janv. 2015, aff. C-375/13, *Kolassa*.

(244) CJUE, 7 déc. 2010, aff. C-585/08, *Pammer*.

(245) CJUE, 7 déc. 2010, aff. C-144/09, *Hotel Alpenhof*.

celui de l'État membre où le commerçant est établi et la mention d'une clientèle internationale composée de clients domiciliés dans différents États membres ».

Tous ces indices permettent de démontrer que le commerçant envisageait de commercer avec des clients domiciliés dans l'Union, quel que soit l'État membre.

Par ailleurs, la Cour n'exige pas, pour l'application des règles protectrices du règlement, l'existence d'un lien de causalité entre le moyen employé pour diriger l'activité commerciale ou professionnelle vers l'État membre du domicile du consommateur, à savoir un site internet, et la conclusion du contrat avec ce consommateur. Ainsi a-t-elle conclu dans un litige opposant M. Emrek, domicilié en Allemagne, qui avait acheté un véhicule d'occasion à M. Sabranovic, commerçant à Spicheren (France), non pas au moyen du site internet mais en se rendant sur place ayant appris l'existence de ce commerçant par des connaissances (246).

Dans une décision en date du 23 décembre 2015, la Cour applique les règles protectrices en présence « d'un contrat qui n'entre pas en tant que tel dans le domaine de l'activité commerciale ou professionnelle "dirigée" par ce professionnel "vers" l'État membre du domicile du consommateur, mais qui présente un lien étroit avec un contrat conclu auparavant entre les mêmes parties dans le cadre d'une telle activité » (247).

Le règlement exclut de son champ d'application les contrats de transport, autres que ceux qui, pour un prix forfaitaire, combinent voyage et hébergement. Les juges ont réaffirmé ce principe dans deux arrêts en date du 22 février 2017, au sujet d'un contrat de vol sec (248).

En résumé, quatre conditions doivent être remplies pour que l'article 17 du règlement Bruxelles I *bis* puisse s'appliquer :
- il doit s'agir d'un consommateur, c'est-à-dire d'une personne non engagée dans une activité commerciale ou professionnelle ;
- le droit d'action doit se rattacher à un contrat de consommation conclu entre le consommateur et une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles ;
- ce contrat doit relever de l'une des catégories visées au paragraphe 1, sous *a)* à *c)*, dudit article 17 ;
- et le commerçant doit exercer son activité dans l'État membre dans lequel le consommateur est domicilié, ou diriger par tout moyen son activité vers cet État membre ou plusieurs États dont cet État membre.

1202 Une fois que toutes les conditions sont remplies, le consommateur peut choisir d'agir soit devant les tribunaux de son domicile (*forum actoris* consacré par l'article 18 du règlement Bruxelles I *bis*), soit devant les tribunaux où son cocontractant est domicilié, soit les tribunaux où se trouve une succursale, une agence ou tout autre établissement de son cocontractant lorsque celui est domicilié dans un autre État membre. Si le cocontractant est domicilié dans un État tiers, le consommateur pourra agir devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel celui-ci a une succursale, une agence ou tout autre établissement.

Alors que le cocontractant du consommateur ne pourra, de son côté, agir que devant les tribunaux de l'État membre où le consommateur a son domicile.

(246) CJUE, 17 oct. 2013, aff. C-218-12, *Emrek*.
(247) CJUE, 23 déc. 2015, aff. C-297/14, *Hobohm*.
(248) Cass. 1re civ., 22 févr. 2017, nos 15-27.809 et 16-11.509, *Air France*.

1203 S'agissant des clauses attributives de juridiction, elles ne seront valables que si elles remplissent les conditions fixées à l'article 19 du règlement Bruxelles I *bis*, à savoir :
- elles sont postérieures à la naissance du litige ;
- elles offrent plus de choix de *for* au consommateur ;
- elles sont passées entre le consommateur et son cocontractant ayant, au moment de la conclusion du contrat, leur domicile ou leur résidence habituelle dans un même État membre, et elles attribuent compétence aux juridictions de cet État membre, sauf si la loi de celui-ci interdit de telles conventions.

III/ Le contrat de travail

1204 En matière de contrat de travail, les règles sont fixées aux articles 20 à 23 du règlement Bruxelles I *bis*.

Un travailleur peut agir contre son employeur soit devant les tribunaux de l'État membre où celui-ci a son domicile, soit devant les tribunaux de l'État sur le territoire duquel le travailleur accomplit habituellement son travail ou devant les tribunaux du dernier lieu où il a accompli habituellement son travail, ou, lorsque le travailleur n'accomplit pas ou n'a pas accompli habituellement son travail dans un même pays, devant les tribunaux du lieu où se trouve ou se trouvait l'établissement qui l'a embauché.

La Cour précise que : « Le pays où le travailleur habituel accomplit habituellement son travail est celui où ou à partir duquel, compte tenu de l'ensemble des éléments qui caractérisent ladite activité, le travailleur s'acquitte de l'essentiel de ses obligations à l'égard de son employeur » (249). Le travailleur peut, si ce critère n'est pas rempli (les deux critères sont hiérarchisés), agir devant les tribunaux du lieu de l'établissement de l'embauche (250).

Lorsque le travailleur a exercé son activité durant des périodes stables dans des lieux successifs différents, l'action ne peut être intentée devant les tribunaux du dernier lieu que si, selon la volonté claire des parties, il a été décidé que le travailleur y exercerait de façon stable et durable ses activités (251).

L'employeur ne peut agir que devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel le travailleur a son domicile.

1205 S'agissant des clauses attributives de juridiction, elles ne seront valables que si elles remplissent les conditions fixées à l'article 23 du règlement Bruxelles I *bis*, à savoir :
- elles sont postérieures à la naissance du litige ;
- elles offrent plus de choix de *for* au travailleur.

Si le litige n'entre pas dans un cas de compétence exclusive des articles 24 ou 25 et ne relève pas plus des règles protectrices d'une partie faible énoncées aux articles 3, 4 et 5, le demandeur pourra saisir les tribunaux du domicile du défendeur selon l'adage *Actor sequitur forum rei*. Ce principe est énoncé à l'article 4 du règlement.

Le demandeur pourra également attraire le défendeur devant les tribunaux d'un autre État membre en raison du lien de rattachement étroit entre le litige et lesdits tribunaux (règles spéciales des articles 7 et 8).

(249) CJUE, 15 mars 2011, aff. C-29/10, *Heiko Koelzsch*.
(250) CJUE, 15 déc. 2011, aff. C-384-10, *Jan Voogsgeerd*.
(251) Cass. soc., 19 janv. 2017, n° 15-13.599, *Escad Design GmbH*.

C/ Les règles de compétence spéciales des articles 7 et 8 et les règles de compétence générales de l'article 4

Le tribunal du défendeur est toujours compétent, mais d'autres tribunaux peuvent être compétents pour des raisons tenant à la matière (252) ou à la pluralité des défendeurs (253). **1206**

I/ Les règles spéciales de l'article 7

L'article 7 du règlement prévoit **sept chefs de compétence propres à la matière**. Cette disposition n'est qu'une alternative pour le demandeur, qui peut par principe choisir le tribunal du domicile du défendeur, mais aussi un autre tribunal en fonction de la matière du litige. **1207**

Ainsi le demandeur peut, en matière contractuelle, saisir la juridiction du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande. **1208**

Ce texte pose deux difficultés : la première sur la qualification de la matière contractuelle, et la seconde sur l'identification du lieu d'exécution.

S'agissant de la première difficulté, afin d'éviter une discussion sur l'application de ce texte en fonction de la définition de **la matière contractuelle** donnée par le droit interne de chaque pays, la Cour de justice a donné à cette matière une définition autonome (254). Dans un arrêt en date du 17 juin 1992 (255), la Cour est venue apporter des précisions quant à cette notion et a jugé qu'en l'absence d'engagement librement consenti par une partie envers une autre, le litige ne peut être qualifié de contractuel. S'agissant des contrats de cautionnement ou de subrogation, ces engagements ne relèvent de la matière contractuelle que s'ils ont été directement consentis par la partie à laquelle on les oppose (256). La Cour ajoute que ce consentement n'a pas besoin d'être spécial dès lors que l'accord de principe a été préalablement donné à la conclusion du contrat de cautionnement.

Les juges européens qualifient, contrairement au droit français, l'action fondée sur des loteries publicitaires de « contractuelle » (257).

De la même manière, dans une affaire *Brogsitter*, la Cour qualifie de « contractuelle » une action en concurrence déloyale alors que les juridictions nationales retiennent la qualification « délictuelle ». La Cour considère que « si le comportement reproché peut être considéré comme un manquement aux obligations contractuelles », l'action est contractuelle, et le requérant pourra également porter son action devant la juridiction compétente en matière contractuelle (258). Dans le même esprit, la Cour considère qu'une « action indemnitaire fondée sur une rupture brutale de relations commerciales établies de longue date (...) ne relève pas de la matière délictuelle ou quasi délictuelle, au sens de ce règlement, s'il existait, entre les parties, une relation contractuelle tacite » (259). La Cour de cassation, dans un arrêt du 20 septembre 2017 (260), applique la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et juge qu'une « action indemnitaire fondée sur une rupture brutale de

(252) Règl. Bruxelles I *bis*, art. 7.
(253) Règl. Bruxelles I *bis*, art. 8.
(254) CJCE, 22 mars 1983, aff. C-34/82, *Martin Peters*.
(255) CJCE, 17 juin 1992, aff. C-26/91, *Jacob Handte*.
(256) CJCE, 5 févr. 2004, aff. C-65/02, *Frahuil SA* c/ *Assitalia SpA*.
(257) CJCE, 20 janv. 2005, aff. C-27/02, *Engler*.
(258) CJUE, 13 mars 2014, aff. C-547/12, *Brogsitter*.
(259) CJUE, 14 juill. 2016, aff. C-196/15, *Granarolo*.
(260) Cass. com., 20 sept. 2017, n° 16-14.812, *Sté Éts Proutheau-Laboute* c/ *Sté AVR BVBA*.

relations commerciales établies de longue date ne relève pas de la matière délictuelle ou quasi délictuelle, au sens de ce règlement, s'il existait, entre les parties, une relation contractuelle tacite reposant sur un faisceau d'éléments concordants ». Par conséquent, la compétence de la juridiction ne pourra être fondée sur le lieu du dommage et devra donc être fondée sur le lieu d'exécution de l'obligation.

1209 La seconde difficulté posée est celle de l'identification du lieu de l'obligation. Le juge devra, en premier lieu, déterminer l'obligation et la loi applicable à l'obligation selon la règle de conflit de lois. Puis, au regard de cette loi, il pourra déterminer le lieu d'exécution de l'obligation, et ce lieu déterminera le tribunal compétent. Le règlement du 17 juin 2008 (dit « Rome I »), applicable aux contrats conclus après le 17 décembre 2009, prévoit pour huit catégories de contrats, à défaut de choix par les parties, des critères de désignation de la loi applicable (261) L'article 7, § 1 *b)* du règlement Rome I pose deux présomptions irréfragables pour déterminer **le lieu d'exécution de l'obligation** : pour la vente de marchandises, il s'agit du lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées, et pour la fourniture de services, il s'agit du lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis. Pour tous les autres contrats, et à défaut pour les parties d'avoir déterminé le lieu d'exécution de l'obligation, c'est l'article 7, § 1 *a)* qui s'appliquera ; le juge compétent est celui du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée, ou celui du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande.

La Cour de justice apporte des éléments d'identification pour qualifier ces contrats. Dans un arrêt *Falco* du 23 avril 2009 (262) la Cour, après avoir rappelé qu'il n'y a pas de définition de la notion de contrat de fourniture de services, ajoute que « la notion de services implique (...) que la partie qui les fournit effectue une activité déterminée en contrepartie d'une rémunération », et qu'à la lumière des deuxième et onzième considérants du règlement nº 44/2001, le contrat par lequel le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle concède à son cocontractant le droit de l'exploiter en contrepartie du versement d'une rémunération n'implique pas une telle activité. Le titulaire du droit de propriété intellectuelle n'accomplit aucune prestation en en concédant l'exploitation et s'engage seulement à laisser son cocontractant exploiter librement ledit droit. Dans un arrêt *Car Trim GmbH* (263), la Cour distingue les deux contrats (vente de marchandises et fourniture de services) par l'obligation qui les caractérise et cette obligation servira de critère de rattachement à la juridiction compétente. Le contrat sera qualifié, respectivement, de « vente de marchandises » dès lors que l'obligation caractéristique est la livraison d'un bien, et

(261) Règl. 17 juin 2008, art. 4-1 : « 1. À défaut de choix exercé conformément à l'article 3 et sans préjudice des articles 5 à 8, la loi applicable au contrat suivant est déterminée comme suit : *a)* le contrat de vente de biens est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle ; *b)* le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle ; *c)* le contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'immeuble ; *d)* nonobstant le point *c)*, le bail d'immeuble conclu en vue de l'usage personnel temporaire pour une période maximale de six mois consécutifs est régi par la loi du pays dans lequel le propriétaire a sa résidence habituelle, à condition que le locataire soit une personne physique et qu'il ait sa résidence habituelle dans ce même pays ; *e)* le contrat de franchise est régi par la loi du pays dans lequel le franchisé a sa résidence habituelle ; *f)* le contrat de distribution est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle ; *g)* le contrat de vente de biens aux enchères est régi par la loi du pays où la vente aux enchères a lieu, si ce lieu peut être déterminé ; *h)* le contrat conclu au sein d'un système multilatéral qui assure ou facilite la rencontre de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers pour des instruments financiers, au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 17), de la directive 2004/39/CE, selon des règles non discrétionnaires et qui est régi par la loi d'un seul pays, est régi par cette loi ».

(262) CJCE, 23 avr. 2009, aff. 533/07, *Falco*.

(263) CJUE, 25 févr. 2010, aff. C-381/08, *Car Trim GmbH* c/ *KeySafety Systems Srl*.

de « fourniture de services » dès lors que l'obligation caractéristique est une prestation de services. Et dans cette affaire plus précisément, les juges ont indiqué que le fait que la marchandise à livrer, est à fabriquer ou à produire au préalable, ne modifie pas la qualification du contrat en cause comme contrat de vente, et que l'absence de fourniture de matériaux par l'acheteur, d'une part, et la responsabilité du fournisseur pour la qualité et la conformité de la marchandise, d'autre part, constituent des indices en faveur de la qualification d'un tel contrat comme « contrat de vente de marchandises ».

La Cour précise également dans cet arrêt la notion de lieu de livraison des marchandises en cas de vente à distance. Le juge détermine le lieu de livraison sur la base des dispositions du contrat et si cette détermination s'avère impossible, le juge détermine alors le lieu de livraison au « lieu de la remise matérielle des marchandises par laquelle l'acheteur a acquis ou aurait dû acquérir le pouvoir de disposer effectivement de ces marchandises à la destination finale de l'opération de vente ». En cas de pluralité de lieux de livraison, la Cour a décidé que, dans les contrats de vente de marchandises, c'est le lieu qui assure le rattachement le plus étroit entre le contrat et la juridiction compétente. Il s'agit du lieu de la livraison principale qui est déterminé suivant des critères économiques. En cas d'impossibilité de déterminer le lieu de livraison principale, le demandeur pourra saisir la juridiction d'un des lieux de son choix (264). La Cour transpose cette décision aux contrats de fourniture de service ; en cas de pluralité de fournitures de services, il convient de rechercher le lieu qui assure le rattachement le plus étroit entre le contrat et la juridiction compétente. Ce lieu est le lieu où doit être effectuée la fourniture principale de services (265). S'agissant d'un contrat d'agence commerciale, en cas de fourniture de services dans plusieurs États membres, la juridiction compétente est celle dans le ressort de laquelle la fourniture principale de services a lieu en vertu des dispositions du contrat, à défaut de dispositions du contrat celle du lieu d'exécution effective du contrat, et en cas d'impossibilité de déterminer ce lieu celui où l'agent est domicilié (266).

Dans une affaire *Kareda* (267), la Cour a considéré, au vu du règlement Bruxelles I *bis* et désormais du règlement Rome I, dans une affaire concernant un crédit :

- que l'action récursoire entre les codébiteurs solidaires relève de la matière contractuelle ;
- que le contrat conclu entre un établissement de crédit et deux codébiteurs solidaires doit être qualifié de « contrat de fourniture de services », car conformément à la jurisprudence de la Cour, la banque fournit une activité en contrepartie d'une rémunération ; cette activité réside dans la remise par la banque d'une somme d'argent à l'emprunteur en échange d'une rémunération payée par l'emprunteur à la banque ;
- et que le « lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis », au sens de cette disposition, est, sauf convention contraire, celui du siège de cet établissement, y compris en vue de déterminer la compétence territoriale du juge amené à connaître de l'action récursoire entre ces codébiteurs.

Le juge européen rattache désormais le contrat de distribution régularisé sous forme de contrat-cadre au contrat de prestation de services. En effet, le contrat de concession dont l'élément caractéristique est la sélection du concessionnaire par le concédant offre au concessionnaire un certain nombre d'avantages qui représente pour ce dernier une valeur

(264) CJCE, 3 mai 2007, aff. C-386/05, *Color Drack GmbH*.
(265) CJCE, 9 juill. 2009, aff. C-204/08, *Peter Rehder c/ Air Baltic Corporation*.
(266) CJUE, 11 mars 2010, aff. C-99/09, *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH c/ Sylva Trade TA*.
(267) CJUE, 15 juin 2017, aff. C-249/16, *Kareda*.

économique, laquelle valeur économique peut être considérée comme étant constitutive d'une rémunération (268).

1210 En matière délictuelle ou quasi délictuelle, le demandeur pourra saisir bien évidemment la juridiction du tribunal du défendeur, mais également la juridiction du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire (269).

La matière délictuelle ou quasi délictuelle, comme la matière contractuelle, n'ayant pas fait l'objet de définition par le règlement Bruxelles I *bis* ni par le précédent règlement, la Cour de justice a apporté une explication à cette notion dans un arrêt *Kalfetis* : entre dans cette notion toute demande mettant en jeu la responsabilité d'un défendeur et qui ne se rattache pas à un contrat au sens de l'article 7, § 1 (270).

Ainsi qu'il a été dit ci-dessus la Cour, dans un arrêt du 14 juillet 2016 (271), a décidé qu'« une action indemnitaire fondée sur une rupture brutale de relations commerciales établies de longue date, telle que celle prévue par l'article L. 442-6, 1, 5° du Code de commerce, ne relève pas de la matière délictuelle ou quasi délictuelle au sens du règlement Bruxelles I, dès lors qu'il existait entre les parties, une relation contractuelle tacite ».

S'agissant de la notion de fait dommageable, celle-ci comprend non seulement le lieu de survenance du dommage, mais également celui de son fait générateur. Le demandeur peut saisir la juridiction d'un des deux lieux (272).

Alors que le juge de l'État du fait générateur peut connaître de la réparation de l'ensemble des dommages subis, la compétence du juge de l'État du préjudice est limitée à la réparation des dommages locaux (273). En effet, dans cet arrêt la Cour a décidé, au sujet d'une affaire de diffamation internationale par voie de presse, que la victime « avait le choix de saisir soit les juridictions de l'État contractant du lieu d'établissement de l'éditeur de la publication diffamatoire, compétentes pour réparer l'intégralité des dommages résultant de la diffamation, soit les juridictions de chaque État contractant dans lequel la publication a été diffusée et où elle prétend avoir subi une atteinte à sa réputation, compétentes pour connaître des seuls dommages causés dans l'État de la juridiction saisie ».

S'agissant d'une action portant sur la responsabilité d'un fabricant du fait d'un produit défectueux, la Cour précise que le lieu de l'événement causal à l'origine du dommage est le lieu de fabrication du produit en cause (274). En matière de cyberdélit (diffusion illicite d'une information par internet), les contentieux se sont multipliés. Se pose alors le problème de la géolocalisation du fait dommageable, alors que l'information est accessible dans le monde entier.

En cas d'atteinte alléguée aux droits de la personnalité au moyen de contenus mis en ligne sur un site internet, la Cour indique dans un arrêt du 3 octobre 2013 (275) que la personne qui s'estime lésée a la faculté de saisir :

- **d'une action en responsabilité, au titre de l'intégralité du dommage causé :**
  - soit les juridictions de l'État membre du *lieu d'établissement de l'émetteur de ces contenus*,
  - soit les juridictions de l'État membre dans lequel se trouve *le centre de ses intérêts*.

(268) CJUE, 19 déc. 2013, aff. C-9/12, *Corman-Collins*.
(269) Règl. Rome I, art. 7, § 3.
(270) CJCE, 27 sept. 1988, aff. C-189/87, *Kalfelis*.
(271) CJUE, 14 juill. 2016, aff. C-196/15, *Granarolo*.
(272) CJCE, 30 nov. 1976, aff. C-21-76, *Mines de Potasse d'Alsace*.
(273) CJCE, 7 mars 1995, aff. C-68/93, *Shevill*.
(274) CJUE, 16 janv. 2014, aff. C-45/13, *Kainz*. – V. égal. en ce sens CJCE, 16 juill. 2009, aff. C-189/08, *Zuid Chemie*.
(275) CJUE, 3 oct. 2013, aff. C-170/12, *Pinckney*. – V. aussi CJUE, 25 oct. 2011, aff. C-509/09, *Edate Advertising*.

- **D'une action en responsabilité, au titre du dommage causé dans chaque État :** les juridictions de chaque État membre sur le territoire duquel un contenu mis en ligne est accessible ou l'a été. Celles-ci sont compétentes pour connaître du seul dommage causé sur le territoire de l'État membre de la juridiction saisie.

Le juge européen précise aux termes dudit arrêt que le site internet en cause n'a pas besoin d'être dirigé vers l'État membre de la juridiction saisie en application de l'article 7, § 2 du règlement Rome I.

La Cour de cassation, dans trois arrêts, a mis en œuvre la jurisprudence européenne et a confirmé la compétence des juges français dès lors que les sites internet diffusant les contenus litigieux sont accessibles depuis la France.

La Cour confirme l'application de l'article 5, § 3 (devenu 7, § 3) du règlement Rome I dans un arrêt du 22 janvier 2015 (276) et précise que les juridictions d'un État membre, au sein duquel un site internet violant les droits voisins du droit d'auteur est simplement accessible, sont compétentes pour traiter du litige en découlant, au titre du lieu de la matérialisation du dommage.

1211 L'action en réparation de dommage ou l'action en restitution fondées sur une infraction peuvent être portées devant la juridiction saisie de l'action publique, dans la mesure où, selon sa loi, cette juridiction peut connaître de l'action civile (277).

1212 L'action fondée sur le droit de propriété, en restitution d'un bien culturel, peut être intentée par la personne revendiquant le droit de récupérer un tel bien, devant la juridiction du lieu où le bien culturel est situé au moment de la saisine (278).

1213 Les actions relatives à l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement, peuvent être introduites devant la juridiction du lieu de leur situation (279).

L'application de cet article nécessite que la société mère soit située dans un État membre. À défaut, il y a application de l'article 6 du règlement et c'est la loi de l'État sur le territoire duquel se trouve la société mère qui règle la question de la compétence juridictionnelle.

S'agissant de la notion de succursale, la Cour a donné une interprétation autonome de celle-ci. Dans un arrêt du 6 octobre 1976 (280), elle indiquait qu'un des éléments essentiels qui caractérisent les notions de succursale et d'agence est la soumission à la direction et au contrôle de la société mère, puis a précisé que cette notion impliquait un centre d'opérations qui se manifeste de manière durable vers l'extérieur comme le prolongement d'une maison mère, pourvu d'une direction et matériellement équipé de façon à pouvoir négocier des affaires avec des tiers, de telle façon que ceux-ci, tout en sachant qu'un lien de droit sera établi avec la maison mère dont le siège est à l'étranger, sont dispensés de s'adresser directement à celles-ci et peuvent conclure des affaires au centre d'opérations qui en constitue le prolongement (281).

La Cour a jugé, dans une affaire qui opposait la société allemande AR Schotte à la société française Parfums Rothschild Sarl (282), que l'article 5, point 5, de la convention de Bruxelles était applicable à la filiale (Rothschild GmbH située en Allemagne avec laquelle la

(276) CJUE, 22 janv. 2015, aff. C-441/13, *Pez Hejduk* c/ *EnergieAgentur.NRW Gmbh*. – V. C. Nourissat, *Internet, droit d'auteur et compétence juridictionnelle : Procédures* 2015, n° 3, comm. 81, p. 25.
(277) Règl. Rome I, art. 7, § 3.
(278) Règl. Rome I, art. 7, § 4.
(279) Règl. Rome I, art. 7, § 5.
(280) CJCE, 6 oct. 1976, aff. C-14/76 *De Bloos*.
(281) CJCE, 22 nov. 1978, aff. C-33/78, *Somafer*.
(282) CJUE, 9 déc. 1987, aff. C-218/86, *SAR Schotte*.

société Schotte avait négocié en l'espèce) dépourvue d'autonomie juridique par rapport à la société mère.

1214 Toute action engagée à l'encontre d'un fondateur, d'un *trustee* ou d'un bénéficiaire d'un *trust* doit être doit l'être devant les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel le *trust* a son domicile (283).

1215 En matière maritime, les actions doivent être portées devant la juridiction dans le ressort duquel une cargaison ou un fret est concerné (284).

II/ Les règles spéciales de l'article 8

1216 L'article 8 du règlement Rome I prévoit quatre situations dans lesquelles un tribunal normalement incompétent peut être saisi ; ces situations sont exclues dans les cas où les règles protectrices des parties faibles s'appliquent.

– **Première situation : celle de la pluralité de défendeurs.**

Lorsqu'il y a plusieurs défendeurs et que l'un d'entre eux est domicilié dans un État membre, le demandeur peut assigner l'ensemble des défendeurs devant un seul tribunal, celui du domicile de ce dernier.

Dans ce cas, les conditions sont cumulatives, à savoir : il faut que le juge saisi soit celui du domicile d'un des défendeurs et il faut un lien de connexité entre les demandes (285).

– **Deuxième situation : celle de l'intervention forcée d'un tiers ou d'appel en garantie d'un tiers devant le tribunal saisi de la demande en principal.**

– **Troisième situation : celle de la demande reconventionnelle.**

Le tribunal saisi d'une demande peut également être compétent pour une demande reconventionnelle dérivant du contrat ou du fait sur lequel est fondée la demande initiale.

– **Quatrième situation : celle de la demande contractuelle adjointe à une demande réelle immobilière.**

Le juge saisi d'une demande concernant un bien immobilier peut également être saisi d'une demande en annulation du titre de propriété fondée sur l'incapacité (286).

III/ Les règles générales de l'article 4

1217 Sauf les règles énoncées ci-dessus, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attraites, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre. Cela correspond à la règle traditionnelle en droit français selon l'adage *Actor sequitur forum rei*.

Lorsque les personnes ne possèdent pas la nationalité de l'État membre dans lequel elles sont domiciliées, elles sont soumises aux règles de compétence applicables aux ressortissants de cet État membre (287).

1218 Le règlement Rome I ne donne pas de définition de la notion de domicile. Pour les personnes physiques, le règlement renvoie au droit des différents États membres (288), et pour les sociétés et les personnes morales le domicile est soit leur siège social, soit leur

(283) Règl. Rome I, art. 7, § 6.
(284) Règl. Rome I, art. 7, § 7.
(285) CJUE, 20 avr. 2016, aff. C-366/13, *Profit Investment*.
(286) CJUE, 16 nov. 2016, aff. C-417/15, *Schmidt*.
(287) Règl. Rome I, art. 4.
(288) Règl. Rome I, art. 62.

administration centrale, soit leur principal établissement. Ces trois lieux étant mis sur un pied d'égalité le demandeur aura le choix de la juridiction (289).

Pour l'Irlande, Chypre et le Royaume-Uni, le « siège statutaire » est celui du *registered office* ou, s'il n'existe nulle part de *registered office*, le *place of incorporation* (le lieu d'acquisition de la personnalité morale) ou, s'il n'existe nulle part de lieu d'acquisition de la personnalité morale, le lieu selon la loi duquel la formation (la constitution) a été effectuée.

En présence d'un *trust*, l'État membre sur le territoire duquel le *trust* a son siège, et dont les juridictions sont saisies, appliquera ses règles de droit international privé.

1219 Cette règle n'a pas de caractère impératif à l'égard des parties, lesquelles peuvent choisir librement un autre juge qui serait compétent, ou donner compétence à un juge autre au moyen d'une clause attributive de juridiction. Mais, à l'inverse, cette règle s'impose au juge du domicile du défendeur qui doit statuer dès lors qu'il est saisi et compétent ; le juge ne pourra décliner sa compétence au profit d'un autre juge qu'il estimerait mieux placé, comme le permet le *forum non conveniens* (290).

Sous-section II Les autres règlements de l'Union européenne

1220 L'Europe a adopté de nombreux règlements fixant des règles de compétence juridictionnelle : le règlement en matière matrimoniale et d'autorité parentale **(§ I)**, le règlement en matière de divorce **(§ II)**, le règlement en matière de succession **(§ III)**, le règlement en matière de régimes matrimoniaux **(§ IV)**, le règlement en matière de partenariat enregistré **(§ V)**.

Les règles de compétence internationale ainsi que l'effet des décisions étrangères pour chacun de ces règlements seront rappelés de manière non exhaustive, les trois autres commissions étudiant ceux-ci de manière particulière.

§ I Le règlement « Matière matrimoniale et autorité parentale » ou Bruxelles II *bis*

1221 Le règlement européen n° 2201/2003 du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale (dit règlement « Bruxelles II *bis* ») fixe les règles de compétence juridique internationales dans les causes de divorce, séparation de corps, nullité de mariage, ainsi qu'en ce qui concerne les questions relatives à la garde des enfants, au droit de visite et d'hébergement.

Ce règlement l'emporte sur toute convention multilatérale ou bilatérale entre les États membres de l'Union européenne, à l'exception du Danemark.

A/ La compétence internationale

1222 Le règlement fixe sept règles de compétence alternatives pour établir la compétence internationale du juge en matière de divorce et de séparation de corps (291).

Le juge compétent est celui de l'État membre :
– de la résidence habituelle des époux, ou

(289) Règl. Rome I, art. 63.
(290) A. Nuyts, *L'exception de forum non conveniens, Étude de droit international privé comparé*, Bruylant/LGDJ, 2003, n° 109.
(291) Règl. Bruxelles II *bis*, art. 3.1.a.

- de la dernière résidence habituelle des époux dans la mesure où l'un d'eux y réside encore, ou
- de la résidence habituelle du défendeur, ou
- en cas de demande conjointe, celui de la résidence habituelle de l'un ou l'autre époux, ou
- de la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins une année immédiatement avant l'introduction de la demande, ou
- de la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins six mois immédiatement avant l'introduction de la demande et s'il est soit ressortissant de l'État membre en question, soit, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, s'il y a son « domicile » ;
- ou encore le juge de la nationalité des deux époux (ou, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, du « domicile » commun).

Pour toutes les questions relatives à la responsabilité parentale, le juge compétent est celui de la résidence habituelle de l'enfant (292).

Le juge de l'ancienne résidence habituelle garde néanmoins sa compétence dans deux situations : 1) si une décision avait déjà été prise, que l'action porte sur une modification de celle-ci, et qu'elle est introduite dans les trois mois du déménagement (293) ; 2) la seconde situation concerne le cas de l'enlèvement de l'enfant (294).

Le juge saisi d'une action en divorce, en séparation de corps ou en annulation du mariage des époux, est également compétent pour toute question relative à la responsabilité parentale liée à cette demande, à une double condition : que la compétence de ce juge ait été acceptée par les époux, et que cette compétence soit dans l'intérêt supérieur de l'enfant (295).

1223 S'agissant du critère de la résidence habituelle, aucune définition de cette notion n'a été donnée par le règlement. Il faut se reporter à l'arrêt *Korkein Hallinto-oikes* rendu par la Cour de justice, dans lequel cette dernière indique que « la "résidence habituelle" de l'enfant, au sens de l'article 8, paragraphe 1, du règlement, doit être établie sur la base d'un ensemble de circonstances de fait particulières à chaque cas d'espèce » (296).

1224 En cas de saisine simultanée de plusieurs juridictions, la juridiction saisie en second doit surseoir d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence de la juridiction première saisie soit établie (297).

Pour le cas où aucune juridiction d'un État membre ne serait compétente, les règles internes de compétence s'appliquent, et les juges français seront compétents conformément aux articles 14 et 15 du Code civil.

1225 S'agissant du divorce sans juge, instauré par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, cette procédure excluant le juge exclut en même temps toutes les règles relatives aux conflits.

B/ L'effet des décisions étrangères

1226 Le règlement prévoit que les décisions rendues dans un État membre sont reconnues dans les autres États membres, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure (298).

(292) Règl. Bruxelles II *bis*, art. 8. V. CJUE, 15 févr. 2017, aff. C-499/15, *W. et v.*
(293) Règl. Bruxelles II *bis*, art. 9.
(294) Règl. Bruxelles II *bis*, art. 10.
(295) Règl. Bruxelles II *bis*, art. 12.
(296) CJCE, 2 avr. 2009, aff. C-523/07, *Korkein Hallinto-oikes : Rev. crit. DIP* 2009-4, p. 791, note E. Gallant.
(297) Règl. Bruxelles II *bis*, art. 19.
(298) Règl. Bruxelles II *bis*, art. 21, § 1.

Les seuls cas où la reconnaissance pourra être refusée sont ceux visés aux articles 22 et 23 du règlement : la contrariété à l'ordre public ; un acte introductif d'instance (ou un acte équivalent) non signifié ou notifié au défendeur en temps utile qui n'aurait pas pu se défendre ; une décision ayant autorité de chose jugée avec laquelle elle serait inconciliable.

1227 En matière de responsabilité parentale, les décisions rendues dans un État membre, qui y sont exécutoires et qui ont été signifiées ou notifiées, sont mises en exécution dans un autre État membre sur simple requête de toute partie intéressée (sauf pour le Royaume-Uni) (299).

§ II Le règlement « Divorce » ou Rome III

1228 Dix-sept pays (300) de l'Union européenne ont aujourd'hui adopté ce règlement.

Ce règlement Rome III, entré en vigueur le 21 juin 2012, **désigne la loi applicable en matière de divorce et de séparation de corps**. En sont exclues toutes les questions relatives aux effets du divorce, au nom, à la capacité et à la validité du mariage.

La notion de mariage n'est cependant pas précisée par le règlement, et il conviendra de se référer au droit de chaque État.

La Cour de justice a également précisé, dans un arrêt du 20 décembre 2017 (301), que ce règlement ne s'appliquera pas à un divorce résultant d'une déclaration unilatérale d'un époux devant un tribunal religieux. La Cour estime que le divorce « privé » (en l'espèce un divorce fondé sur la *charia* et prononcé par un tribunal religieux en Syrie) n'est pas soumis au règlement.

La même problématique pourra être soulevée s'agissant du divorce sans juge en France.

S'agissant de la problématique de la compétence juridictionnelle et de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères, il convient de se reporter au règlement Bruxelles II *bis*.

L'article 3 du règlement Bruxelles II *bis* énonce les critères objectifs de compétence juridictionnelle : juge de la résidence, juge de la nationalité commune ou du domicile commun.

§ III Le règlement « Successions »

1229 Le règlement 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 concerne toutes les successions ayant des incidences transfrontières.

Aucune définition du terme « transfrontière » n'est donnée par le règlement. Il y a lieu de considérer que sont concernées par l'application de ce règlement toutes les successions

(299) Règl. Bruxelles II *bis*, art. 28. V. CJUE, 9 sept. 2015, aff. C-4/14, *Bohez*.

(300) Les quatorze pays ayant adopté le règlement, suite à la décision du 12 juillet 2010 autorisant une coopération renforcée en matière de divorce et de séparation de corps sont l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, l'Espagne, la France, la Hongrie, l'Italie, la Lettonie, le Luxembourg, Malte, le Portugal, la Roumanie, la Slovénie. Participent également désormais à ladite coopération renforcée : la Lituanie, par décision de la Commission en date du 21 novembre 2012, avec application du règlement à partir du 22 mai 2014 ; la Grèce, avec application du règlement à compter du 29 juillet 2015 ; et enfin l'Estonie, par décision de la Commission en date du 10 août 2016, avec application du règlement à partir du 11 février 2018.

(301) CJUE, 20 déc. 2017, aff. C-372/16.

présentant un élément d'extranéité : le défunt n'avait pas la nationalité de l'État de sa résidence habituelle et il possède des biens à l'étranger.

La succession peut avoir un caractère *ab intestat* ou testamentaire.

1230 Ce règlement l'emporte sur toute convention multilatérale ou bilatérale entre les États membres de l'Union européenne, à l'exception du Danemark.

A/ La compétence internationale

1231 Sont compétentes pour statuer sur l'ensemble d'une succession les juridictions de l'État membre dans lequel le défunt avait **sa résidence habituelle au moment de son décès** (302). Le règlement pose la même règle que pour la loi applicable à l'ensemble de la succession.

Le terme « les juridictions » n'est pas un obstacle pour que le règlement de la succession se fasse toujours par un notaire, comme c'est le cas dans certains pays et notamment la France, même si celui-ci n'exerce pas de fonction juridictionnelle (303) ; les règles de compétence contenues dans le règlement ne le lieront pas.

S'agissant du critère de la résidence habituelle, aucune définition de cette notion n'a été donnée par le règlement.

Il faut se reporter aux considérants 23 et 24 du règlement : « 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 » (consid. 23).

« Dans les cas où il s'avère complexe de déterminer la résidence habituelle du défunt, le défunt pourrait, en fonction des circonstances de l'espèce, être considéré comme ayant toujours sa résidence habituelle dans son État d'origine, dans lequel se trouvait le centre des intérêts de sa vie familiale et sociale » (consid. 24).

1232 Par dérogation à la règle ci-dessus, en présence d'un choix de loi effectué par le défunt comme le lui permet l'article 22 du règlement « Successions », à savoir la loi de tout État dont il possède **la nationalité**, les parties pourront elles aussi s'accorder pour choisir, ainsi

(302) Règl. « Successions », art. 4.

(303) Règl. « Successions », consid. 20 : « Le présent règlement devrait respecter les différents systèmes de règlement des successions applicables dans les États membres. Aux fins du présent règlement, il convient dès lors de donner au terme "juridiction" un sens large permettant de couvrir, non seulement les juridictions au sens strict qui exercent des fonctions juridictionnelles, mais également les notaires ou les services de l'état civil dans certains États membres qui, pour certaines questions successorales, exercent des fonctions juridictionnelles au même titre que les juridictions, et les notaires et les professionnels du droit qui, dans certains États membres, exercent des fonctions juridictionnelles dans le cadre d'une succession donnée en vertu d'une délégation de pouvoirs accordée par une juridiction. Toutes les juridictions au sens du présent règlement devraient être liées par les règles de compétence prévues dans le présent règlement. Inversement, le terme « juridiction » ne devrait pas viser les autorités non judiciaires d'un État membre qui, en vertu du droit national, sont habilitées à régler les successions, telles que les notaires dans la plupart des États membres, lorsque, comme c'est généralement le cas, ils n'exercent pas de fonctions juridictionnelles ».
Règl. « Successions », consid. 21 : « Le présent règlement devrait permettre à tous les notaires qui sont compétents en matière de successions dans les États membres d'exercer cette compétence. La question de savoir si les notaires d'un État membre donné sont ou non liés par les règles de compétence prévues dans le présent règlement devrait dépendre de la question de savoir s'ils relèvent ou non de la définition du terme "juridiction" aux fins du présent règlement ».

que leur permettent les articles 5 et 7, le juge dont la loi est choisie. Cela permet de préserver, si les parties le souhaitent, une unité tant sur le terrain de la loi que sur celui de la juridiction.

Si les parties ne choisissent pas cette option, il reviendra au juge de la dernière résidence habituelle d'appliquer la loi choisie par le défunt.

1233 Le règlement « Successions » prévoit également des cas de compétence subsidiaire posés à l'article 10.

Lorsque le défunt n'avait pas sa résidence habituelle dans un État membre au moment du décès, le juge compétent pour régler toute la succession est celui de l'État membre dans lequel sont situés des biens successoraux, si le défunt possédait la nationalité de cet État membre au moment du décès ou si le défunt avait sa résidence habituelle antérieure dans cet État membre depuis moins de cinq ans (304).

Lorsqu'aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu du paragraphe 1 ci-dessus énoncé, les juridictions de l'État membre dans lequel sont situés des biens successoraux sont néanmoins compétentes pour statuer sur ces biens (305).

B/ L'effet des décisions étrangères

1234 Le règlement « Successions » prévoit que les décisions rendues dans un État membre sont reconnues dans les autres États membres, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure (306).

Les seuls cas où la reconnaissance pourra être refusée sont ceux visés à l'article 40 : la contrariété à l'ordre public, un acte introductif d'instance (ou un acte équivalent) non signifié ou notifié au défendeur en temps utile qui n'aurait pas pu se défendre ; une décision ayant autorité de chose jugée avec laquelle elle serait inconciliable.

1235 Les décisions rendues dans un État membre et qui y sont exécutoires sont exécutées dans les autres États membres conformément aux articles 46 à 58 du règlement Bruxelles I ; une procédure simplifiée et non contradictoire sera suffisante (307).

Les conditions de régularité de la décision étrangère ne seront vérifiées que s'il y a un recours contre la décision statuant sur le caractère exécutoire.

§ IV Le règlement « Régimes matrimoniaux »

1236 Le règlement européen n° 2916/1103 du 24 juin 2016 pose des nouvelles règles de compétence juridictionnelle pour toutes les actions concernant les régimes matrimoniaux, et des règles de reconnaissance des décisions étrangères en cette matière. Ces nouvelles règles sont entrées en vigueur à compter du 29 janvier 2019.

A/ La compétence internationale

1237 Ces règles concernent, en premier lieu, la question du régime matrimonial qui se pose dans le cadre d'actions concernant d'autres matières. Le juge saisi d'actions intentées dans le cadre de successions (308), ou d'actions intentées dans le cadre d'affaires de divorce, de

(304) Règl. « Successions », art. 10, § 1.
(305) Règl. « Successions », art. 10, § 2.
(306) Règl. « Successions », art. 39, § 1.
(307) Règl. « Successions », art. 43.
(308) Règl. « Régimes matrimoniaux », art. 4.

séparation de corps ou d'annulation du mariage (309) devra également se prononcer sur le régime matrimonial.

L'article 6 du règlement pose des règles de compétence spécifique pour toute question relative uniquement au régime matrimonial. En l'absence de choix formulé par les parties, le juge compétent est le juge :
- sur le territoire duquel les époux ont leur résidence habituelle au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut ;
- sur le territoire duquel est située la dernière résidence habituelle des époux, dans la mesure où l'un d'eux y réside encore au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut ;
- sur le territoire duquel le défendeur a sa résidence habituelle au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut ;
- dont les deux époux ont la nationalité au moment de la saisine de la juridiction.

À défaut, le juge compétent sera celui du lieu de situation d'un immeuble appartenant aux époux (310), et à défaut le juge d'un État membre pour éviter un déni de justice (311).

À l'instar du règlement « Successions », le terme « juridiction » peut être étendu à toute « autorité et tout professionnel compétents en matière de régimes matrimoniaux » qui « agissent en vertu d'une délégation de pouvoirs d'une autorité judiciaire ou sous le contrôle de celle-ci » (312).

1238 Ces règles ne s'appliquent qu'à défaut de choix de juridictions exprimé par les parties. Conformément à l'article 7 du règlement « Régimes matrimoniaux », les parties peuvent choisir le juge dont la loi est applicable à leur régime matrimonial, ou le juge de l'État membre dans lequel leur mariage a été célébré. Ce choix doit être formulé par écrit, et être daté et signé par les parties.

B/ Les effets des décisions étrangères

1239 Le règlement prévoit, comme ceux précédemment étudiés, que les décisions rendues dans un État membre sont reconnues dans les autres États membres, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure (313).

Qu'en est-il des actes établis par le notaire désigné par le juge dans le cadre de la liquidation d'un régime matrimonial (314) ou dans le cadre d'un partage (315) ? Dans le premier cas, agissant en qualité d'expert, le notaire établit **un rapport sous seing privé** qui renseignera le juge sur les disparités en capital et en revenus des époux. Il serait difficilement envisageable que cet acte puisse circuler de la même manière qu'une décision. Dans le second cas, si l'on admet que l'acte reçu par le notaire est qualifié de décision, cet acte devra respecter toutes les règles en matière procédurale, et le notaire doit garantir non seulement son impartialité, mais aussi le droit de toutes les parties à être entendues (316).

(309) Règl. « Régimes matrimoniaux », art. 5.
(310) Règl. « Régimes matrimoniaux », art. 10.
(311) Règl. « Régimes matrimoniaux », art. 11.
(312) Règl. « Régimes matrimoniaux », art. 3, § 2.
(313) Règl. « Régimes matrimoniaux », art. 26, § 1.
(314) C. civ., art. 255, al. 10.
(315) CPC, art. 1361.
(316) Règl. « Régimes matrimoniaux », art. 3, § 2. V. CEDH, 28 nov. 2000, req. nº 36350/97, *Siegel* c/ *France*. – CEDH, 3 oct. 2003, req. nº 35589/97, *Kanoun* c/ *France*.

Mais l'article 3, § 2 du règlement exige également pour que les autorités et professionnels du droit puissent être qualifiés de juridiction, que leurs décisions aient « une force et un effet équivalents à ceux d'une décision prononcée par une autorité judiciaire dans la même matière ». Ce qui n'est pas le cas pour les actes notariés français. Ces actes ne pourront circuler que par le prisme de l'acceptation et non par celui de la reconnaissance (317).

1240 Les seuls cas où la reconnaissance pourra être refusée sont ceux visés à l'article 37 du règlement « Régimes matrimoniaux » : la contrariété à l'ordre public, un acte introductif d'instance (ou un acte équivalent) non signifié ou notifié au défendeur en temps utile qui n'aurait pas pu se défendre ; une décision ayant autorité de chose jugée avec laquelle elle serait inconciliable.

1241 Pareillement, les décisions rendues dans un État membre et qui y sont exécutoires sont exécutées dans les autres États membres conformément aux articles 38 à 56 et 58 du règlement Bruxelles I, une procédure simplifiée et non contradictoire sera suffisante.

Les conditions de régularité de la décision étrangère ne seront vérifiées que s'il y a un recours contre la décision statuant sur le caractère exécutoire.

§ V Le règlement « Partenariats enregistrés »

1242 Le règlement européen nº 2916/1104 du 24 juin 2016 pose des nouvelles règles de conflit de juridictions pour toutes les actions concernant les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés et des règles de reconnaissance des décisions étrangères en cette matière. Ces règles sont quasi identiques à celles du règlement « Régimes matrimoniaux ». Elles sont entrées en vigueur à compter du 29 janvier 2019.

A/ La compétence internationale

1243 Ces règles concernent en premier lieu la question des effets du partenariat enregistré qui se pose dans le cadre d'actions concernant d'autres matières. Le juge, saisi d'actions intentées dans le cadre des successions (318) ou d'actions intentées dans le cadre des dissolutions ou d'annulation du partenariat enregistré si les parties en sont d'accord (319), devra également se prononcer sur les effets patrimoniaux du partenariat enregistré.

L'article 6 du règlement pose des règles de compétence spécifiques pour toute question relative uniquement aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés. En l'absence de choix formulé par les parties, le juge compétent est le juge :

- sur le territoire duquel les partenaires ont leur résidence habituelle au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut ;
- sur le territoire duquel est située la dernière résidence habituelle des partenaires, dans la mesure où l'un d'eux y réside encore au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut ;
- sur le territoire duquel le défendeur a sa résidence habituelle au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut ;
- dont les deux partenaires ont la nationalité au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut ;
- selon le droit duquel le partenariat enregistré a été créé.

(317) E. Gallant et M. Farge, *De l'intérêt pour le notariat de s'intéresser aux règles de compétence juridictionnelle internationale : JCP* G 20 avr. 2018, nº 20.
(318) Règl. « Partenariats enregistrés », art. 4.
(319) Règl. « Partenariats enregistrés », art. 5.

À défaut, le juge compétent sera celui du lieu de situation d'un immeuble appartenant aux partenaires (320) et, à défaut, le juge d'un État membre pour éviter un déni de justice (321).

S'agissant des « décisions » du notaire agissant comme une juridiction, renvoi est fait à l'analyse de l'article 3, § 2 du règlement jumeau « Régimes matrimoniaux » (V. *supra*, nos 1236 et s.).

1244 Ces règles ne s'appliquent qu'à défaut de choix de juridiction exprimé par les parties. Conformément à l'article 7 du règlement « Partenariats enregistrés », les parties peuvent choisir le juge dont la loi est applicable à leur partenariat, ou le juge de l'État membre en vertu de la loi duquel le partenariat enregistré a été créé. Ce choix doit être formulé par écrit, et être daté et signé par les parties.

B/ L'effet des décisions étrangères

1245 Le règlement prévoit que les décisions rendues dans un État membre sont reconnues dans les autres États membres, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure (322).

Les seuls cas où la reconnaissance pourra être refusée sont ceux visés à l'article 37 du règlement : la contrariété à l'ordre public, un acte introductif d'instance (ou un acte équivalent) non signifié ou notifié au défendeur en temps utile qui n'aurait pas pu se défendre ; une décision ayant autorité de chose jugée avec laquelle elle serait inconciliable.

1246 Les décisions rendues dans un État membre et qui sont exécutoires dans cet État sont exécutoires dans un autre État membre lorsque, à la demande de toute partie intéressée, elles y ont été déclarées exécutoires conformément à la procédure prévue aux articles 44 à 57 (323).

Les conditions de régularité de la décision étrangère ne seront vérifiées que s'il y a un recours contre la décision statuant sur le caractère exécutoire.

Section II Les conventions internationales

1247 L'Europe a trouvé par cette communautarisation des règles de conflit de juridictions un espace de liberté, de sécurité et de justice. Les mêmes difficultés vont se rencontrer pour des litiges avec des pays en dehors de l'Union européenne. Ainsi, tant l'Europe avec la convention de Lugano **(§ I)** que la France avec le traité franco-belge **(§ II)** ont conclu des accords pour y remédier.

§ I La convention de Lugano

1248 Les États membres de l'Association européenne de libre-échange (AELE) (324) et les pays de la Communauté économique européenne (CEE) avaient régularisé une convention à Lugano le 16 septembre 1988, entrée en vigueur le 1er janvier 1992, concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, afin d'appli-

(320) Règl. « Partenariats enregistrés », art. 10.
(321) Règl. « Partenariats enregistrés », art. 11.
(322) Règl. « Partenariats enregistrés », art. 36, § 1.
(323) Règl. « Partenariats enregistrés », art. 42.
(324) Pays membres de l'AELE : Islande, Norvège, Principauté du Liechtenstein, Suisse.

quer la convention de Bruxelles. Suite à l'adoption du règlement Bruxelles I, les parties ont conclu une nouvelle convention à Lugano en date du 30 octobre 2007, entrée en vigueur le 1er janvier 2010 dans tous les États membres de l'Union européenne (325) et en Norvège. Elle est applicable en Suisse depuis le 1er janvier 2011 et en Islande depuis le 1er mai 2011.

1249 L'article 64 de la Convention de Lugano de 2007 fixe les rapports avec la convention Bruxelles I.

Les tribunaux des États membres doivent appliquer le règlement et non la convention pour apprécier leur compétence, sauf dans trois cas :
- lorsque le défendeur est domicilié dans un État membre de l'AELE ;
- lorsque l'un des critères de compétence exclusive de l'article 22 du règlement désigne les tribunaux d'un État membre de l'AELE ;
- lorsqu'une clause attributive désigne la compétence des tribunaux d'un État membre de l'AELE.

Les tribunaux des États membres de l'AELE doivent également appliquer la convention de Lugano toutes les fois qu'ils sont saisis et qu'ils sont compétents en vertu de la convention.

§ II Les traités bilatéraux

1250 La France a conclu deux conventions bilatérales à portée générale : la convention franco-suisse du 15 juin 1869, dénoncée au 1er janvier 1992, et le traité franco-belge du 8 juillet 1899 toujours applicable dans les matières exclues par les règlements européens.

Par ailleurs, la France a conclu des conventions tant multilatérales que bilatérales dans des domaines particuliers qui ne seront pas repris ici mais étudiés dans les autres commissions.

En l'absence de règles européennes ou internationales, il convient alors de se reporter au droit jurisprudentiel.

Section III Le droit jurisprudentiel français

1251 Le droit jurisprudentiel français s'applique en l'absence d'un texte spécifique (règlement ou traité). Considération faite du règlement Bruxelles I *bis* et de la convention de Lugano, les tribunaux français seront compétents lorsque le défendeur sera domicilié dans un État tiers à l'Union européenne et en dehors de l'Islande, la Norvège et la Suisse, sauf existence d'une clause attributive de juridiction. Les tribunaux français retrouveront leur compétence même en présence d'une clause attributive de juridiction lorsque celle-ci désignera un État tiers à l'Union européenne et en présence de compétences exclusives prévues à l'article 24 du règlement Bruxelles I *bis*.

1252 Les tribunaux français sont aujourd'hui, sauf exception, compétents à l'égard de toute personne.

(325) États membres de l'Union européenne : Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Chypre, Croatie, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni, Slovaquie, Slovénie, Suède.
Le Royaume-Uni a décidé de sortir de l'Union européenne depuis le référendum du 23 juin 2016. Mais son retrait de la liste des pays membres sera réellement effectif en 2019.

De l'Ancien Régime jusqu'à la Révolution, la compétence directe des tribunaux français a été déterminée soit par la nationalité, soit par le domicile. Pour les révolutionnaires, la justice nationale n'était ouverte qu'aux Français, c'était une question de souveraineté. Ce principe d'incompétence à l'égard des étrangers était néanmoins assorti de nombreuses exceptions.

Ainsi la Cour de cassation, dans un arrêt de 26 novembre 1828 *Harris de Wolmar,* a considéré qu'un étranger pouvait être assigné devant les tribunaux français. Il faut rappeler les faits : M. Wolmar, de nationalité anglaise, installé en France, conclut avec le gouvernement français plusieurs marchés pour la fourniture de grains aux troupes françaises. MM. Harris, négociants anglais, vendent des grains à M. Wolmar à Paris, en s'obligeant à livrer sur Rouen. MM. Harris paient une partie du prix et exercent des saisies-arrêts entre les mains des débiteurs de M. Wolmar. Ces saisies-arrêts leur sont dénoncées avec assignation devant le tribunal de la Seine. M. Wolmar décline la compétence des tribunaux français en se fondant sur le fait que MM. Harris sont de nationalité anglaise. Le tribunal de la Seine se déclare incompétent puisqu'il n'y a pas de Français en cause. MM. Harris font appel. La cour confirme le tribunal de la Seine. Ils se pourvoient en cassation. La cour casse l'arrêt rendu par la Cour royale de Paris du 15 avril 1825 en considérant qu'il s'agit, dans la cause, d'un acte de commerce, que la marchandise était livrable à Rouen, que le paiement déjà effectué pour partie devait avoir lieu à Paris, et que l'article 420 du Code de procédure permet d'assigner le débiteur dans le lieu ou la promesse a été faite sans distinction entre les étrangers et les Français. La compétence des tribunaux français a été également retenue, en matière commerciale, dans le cas où le défendeur avait un domicile de fait (326).

1253 Une seconde étape est franchie avec l'arrêt *Patino* (327) rendu par la Cour de cassation le 21 juin 1948, lequel pose le principe de la compétence des tribunaux français pour connaître des litiges touchant les étrangers. Principe définitivement consacré par la Cour de cassation dans les arrêts *Pelassa* du 19 octobre 1959 (328) et *Scheffel* du 30 août 1962 (329), avec la formule suivante : **l'extranéité des parties n'est pas une cause d'incompétence des juridictions françaises dont, d'autre part, la compétence internationale se détermine par extension des règles de compétence territoriale interne**.

Et enfin la Cour de cassation, dans un arrêt *Lefait*rendu le 27 juillet 1948 (330) affirme que « les étrangers jouissent en France des droits qui ne leur sont pas spécialement refusés ». Sauf dispositions contraires, il en est de même pour les sociétés étrangères qui bénéficient des mêmes droits que les sociétés françaises.

1254 Les étrangers qui saisissent les tribunaux français ne sont plus obligés, depuis la loi du 9 juillet 1975, de verser la caution *judicatum solvi*. Cette pratique consistait, lorsqu'un étranger saisissait les tribunaux français, à lui demander le versement d'une caution pour couvrir les éventuels dommages et intérêts auxquels ce dernier pourrait être condamné. Cette pratique a été condamnée par la Cour de cassation dans un arrêt *Pordéa* du 16 mars 1999 (331) en tant qu'elle contrevenait au droit pour chacun d'accéder au juge chargé de statuer sur sa prétention consacré par l'article 6-1 de la Convention européenne de sauve-

(326) Cass. civ., 26 avr. 1832, *Hudge : S.* 1832, I, 455.
(327) Cass. civ., 21 juin 1948, *Patino : JCP* 1948, II, 4422, note Lerebours-Pigeonnière ; *Rev. crit. DIP* 1949, p. 557, note Franceskakis.
(328) Cass. civ., 19 oct. 1959, *Pelassa : Rev. crit. DIP* 1960, 215.
(329) Cass. civ., 30 oct. 1962, *Scheffel : D.* 1963, 109, note Holleaux ; *GAJFDIP,* n° 37.
(330) Cass. civ., 27 juill. 1948, n° 48-37.523 : *GAJFDIP,* n° 20.
(331) Cass. 1 re civ., 16 mars 1999, n° 96-18.650, *Pordéa : Bull. civ.* 1999, I, n° 92. – V. Droz, *Variation Pordéa : Rev. crit. DIP* 2000, p. 181.

garde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la cour ayant refusé l'*exequatur* d'une décision étrangère ayant imposé une telle caution comme contraire à l'ordre public international.

Toute personne ayant des liens avec la France peut ainsi accéder à la justice et d'obtenir une solution rapide et sûre sans craindre un déni.

Ainsi les tribunaux français sont compétents au niveau international, d'une part par extension des règles de compétence interne **(§ I)**, et d'autre part par les privilèges de juridiction **(§ II)**. Les règles de compétence internationale peuvent être écartées par des dispositions contractuelles **(§ III)**.

§ I Les règles de compétence

1255 Le juge français se reconnaît internationalement compétent par référence aux règles de compétence internes françaises **(A)** et également par des règles particulières liées à l'élément d'extranéité **(B)**.

A/ Les règles ordinaires internes transposées ou adaptées

1256 Les règles ordinaires de compétence sont fondées sur les liens territoriaux et figurent dans le Code de procédure civile. Ces règles désignent les tribunaux compétents en France. Comme il n'y a pas ou peu de règles de compétence françaises relatives à des situations internationales, on applique les règles internes de compétence territoriale étendues à l'ordre international en application des jurisprudences *Pelassa* (332) et *Scheffel* (333).

Ces règles s'appliquent sans distinction de la nationalité.

La transposition de ces règles **(I)** au niveau international doit être nuancée. D'une part, leur transposition ne peut pas être totale, la compétence internationale désignant l'ordre juridictionnel français dans son ensemble et non un tribunal en particulier. D'autre part, la compétence internationale est une règle unilatérale : elle ne peut désigner que le juge français. Quelquefois ces règles auront besoin d'être adaptées **(II)**.

I/ Les règles transposées

1257 L'article 42 du Code de procédure civile pose un principe général de compétence : « La juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur. S'il y a plusieurs défendeurs, le demandeur saisit, à son choix, la juridiction du lieu où demeure l'un d'eux. Si le défendeur n'a ni domicile ni résidence connus, le demandeur peut saisir la juridiction du lieu où il demeure ou celle de son choix s'il demeure à l'étranger ».

Si le défendeur est une personne physique, le tribunal compétent est celui de son domicile ou de sa résidence ; si le défendeur est une personne morale, le tribunal compétent est celui où la personne est établie.

Transposée au niveau international, cette règle attribue la compétence au juge français à chaque fois que le défendeur est domicilié ou réside en France. Pour la notion de domicile, il convient de se référer à la définition posée par l'article 102 du Code civil : « Le domicile

(332) Cass. 1re civ., 19 oct. 1959, *Pelassa : Rev. crit. DIP* 1960, 215.
(333) Cass. 1re civ., 30 oct. 1962, *Scheffel : D.* 1963, 109, note Holleaux.

de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement » (334).

1258 La transposition concerne également les règles de compétence dérivées. Ainsi, le juge compétent pour un litige au niveau international sera également compétent pour les demandes connexes à celui-ci (335), ou les demandes incidentes (336).

II/ Les règles adaptées

1259 Le demandeur pourra saisir, à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur ainsi qu'il est prévu par la règle générale, une autre juridiction en fonction de la matière du litige ainsi qu'il est prévu à l'article 46 du Code de procédure civile :

- en matière contractuelle, la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de services : au niveau international, chaque fois qu'il y aura une livraison en France ou l'exécution d'une prestation de services en France, le juge français sera compétent ;
- en matière délictuelle, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi : au niveau international, chaque fois que le fait dommageable sera en France ou que le dommage sera subi en France, le juge français sera compétent ;
- en matière mixte, la juridiction du lieu où est situé l'immeuble : de la même manière au niveau international, le juge français sera compétent lorsque l'immeuble sera situé en France ;
- en matière d'aliments ou de contribution aux charges du mariage, la juridiction du lieu où demeure le créancier : le domicile ou la résidence du créancier en France donnera compétence internationale au juge français.

En matière d'actions réelles immobilières, l'article 44 du Code de procédure civile attribue compétence à la juridiction du lieu de situation de l'immeuble. Au niveau international, le juge français sera compétent lorsque l'immeuble objet du litige sera situé sur le territoire français.

1260 En matière de successions, l'article 45 du Code de procédure civile donne compétence pour toute demande par les héritiers, les créanciers du défunt ou toute demande relative à l'exécution des dispositions à cause de mort à la juridiction dans le ressort de laquelle la succession a été ouverte.

Au niveau international, les tribunaux français sont compétents pour les successions mobilières à chaque fois que la succession sera ouverte en France et pour les successions immobilières lorsque l'immeuble sera situé en France. Désormais, pour toutes les successions ouvertes à partir du 17 août 2015, il y aura lieu d'appliquer le règlement européen n° 650/12 qui prévoit dans son article 4 : « Sont compétentes pour statuer sur l'ensemble d'une succession les juridictions de l'État membre dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès ».

1261 En revanche, il ne faut pas étendre à l'ordre international les dispositions de l'article 48 du Code de procédure civile concernant les clauses attributives de juridiction, qui répute non écrite toute clause de ce type, sauf si elle a été convenue entre des personnes ayant toutes la qualité de commerçant. La Cour de cassation renverse ce principe en matière internatio-

(334) Cass. civ., 21 juin 1948, *Patino : JCP* 1948, II, 4422, note Lerebours-Pigeonnière ; *Rev. crit. DIP* 1949, p. 557, note Franceskakis.
(335) Cass. 1re civ., 24 févr. 1998 : *Rev. crit. DIP* 1999, 309.
(336) Cass. 1re civ., 12 mai 2004 : *RGDA* 2005, 191.

nale, posant le principe que « les clauses prorogeant la compétence internationale sont en principe licites » (337).

1262 En matière de saisie et de mesures conservatoires, seul le juge du pays sur le territoire duquel la mesure doit être exécutée est compétent (338).

En effet, en vertu du droit international public, un juge français ne peut exercer de contrainte sur un territoire étranger sauf convention internationale ou règlement européen lui donnant ce pouvoir. Cette interdiction est fondée sur le principe d'indépendance et de souveraineté de chaque État.

Il ressort de l'arrêt *Lotus* (339), rendu par la Cour permanente de Justice internationale, dans un contexte antérieur à la convention de Montego Bay du 10 décembre 1982, que les juridictions turques étaient fondées à juger le capitaine du navire *Le Lotus* à cause des dommages subis par le navire turc le *Boz Kurt* et son équipage, car il n'existe pas de règle en droit international relative aux cas d'abordage, qui réserverait les poursuites pénales à la compétence exclusive de l'État. Tout ce qui n'est pas expressément interdit est par nature autorisé.

Un juge pourra cependant exercer une contrainte sur un territoire étranger si une convention internationale ou européenne le permet. Ainsi la Cour de cassation, dans un arrêt du 21 janvier 2016, est venue valider la procédure de saisie conservatoire engagée par l'administration fiscale française sur un compte bancaire ouvert auprès d'une banque espagnole prise en conformité du règlement européen n° 665/2014 créant une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires applicable depuis le 18 janvier 2017.

Dans le cadre d'une mesure de contrainte exercée en France, le juge français ne peut apprécier le fond du litige et ne peut se prononcer sur l'existence même de la créance, sauf si sa compétence est fondée sur une autre règle (340).

1263 Il y a lieu de nuancer les contraintes possibles sur le territoire français. Aucune action venant de l'étranger n'est possible si elle concerne un service public ; en effet, cette compétence appartient exclusivement aux tribunaux français.

B/ Les règles propres au droit international

1264 En dehors des règles qui existent en droit interne, il existe deux cas où la compétence internationale du juge français peut être retenue : le premier pour tenir compte d'une nécessité ou d'une urgence **(I)** et le second pour les demandes destinées à ordonner l'exécution d'une décision étrangère **(II)**.

I/ Le *for* de nécessité

1265 En l'absence de règles spécifiques, les tribunaux français peuvent être compétents au niveau international par nécessité ou compte tenu d'une urgence.

(337) Cass. 1re civ., 17 déc. 1985, *Ce de signaux et d'entreprises électriques : JCP* E 6 mars 1986, n° 10, act. 15237.
(338) Règl. Bruxelles I *bis*, art. 22.5.
(339) CPJI, 7 sept. 1927, *France* c/ *Turquie*, Série A, n° 10, p. 18.
(340) V. en ce sens l'évolution de la position de la Cour de cassation dans les arrêts *Nassibian*, 6 nov. 1979 : *GAJFDIP*, n° 59 et *Sté Strojexport*, 11 févr. 1997 : *GAJFDIP*, n° 60 dans lequel le *forum arresti* est condamné.

La nécessité (ou « *for* de nécessité ») est fondée sur la volonté d'éviter un déni de justice, et pour cela deux conditions doivent être remplies : aucun juge étranger ne doit avoir accepté de connaître le litige, et il faut un lien suffisant avec la France (341). Quant à l'urgence, la compétence internationale des tribunaux français permet de protéger les personnes ou les biens d'un péril. Cette compétence peut être analysée comme une mesure provisoire et conservatoire.

II/ La demande d'exécution d'une décision étrangère

1266 Les tribunaux français sont internationalement compétents pour connaître d'une demande destinée à ordonner l'exécution en France d'une décision prononcée par un tribunal étranger.

§ II Les privilèges de juridiction

A/ L'immunité juridictionnelle

1267 L'immunité de juridiction est un **privilège** qui fait échapper une personne physique **(I)**, un État **(II)** ou une organisation internationale **(III)** à la compétence des tribunaux étrangers. Lorsqu'une personne bénéficiant de cette immunité est poursuivie devant les tribunaux du *for*, les juridictions de celui-ci ne peuvent en principe pas la juger sauf si la personne renonce elle-même à son immunité. Ce privilège n'a pas été considéré comme contraire au principe du procès équitable consacré à l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour de Strasbourg a estimé que le demandeur garde la possibilité de poursuivre cette personne devant ses propres juridictions.

La Cour de cassation a d'ailleurs confirmé cette immunité en statuant ainsi : « Le crime dénoncé, quelle qu'en soit la gravité, ne relève pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction des chefs d'État étrangers en exercice » (342).

Cette immunité est fondée sur une coutume de courtoisie internationale et sur la nécessité de maintenir des relations diplomatiques entre les États.

I/ Les personnes bénéficiant d'une immunité

1268 Les souverains et les chefs d'État ne peuvent être traduits devant les juridictions étrangères tant qu'ils sont en fonction.

Dans un arrêt du 19 janvier 2010, la chambre criminelle de la Cour de cassation confirme l'annulation des mandats d'arrêt délivrés à l'encontre du Premier ministre et du ministre des Forces armées du Sénégal tous deux en fonction, au moment du naufrage du navire *Joola* au large des côtes gambiennes, ledit navire battant pavillon sénégalais, jugeant que la mission du navire était une mission de service public non commercial, que le navire avait le statut de navire militaire et que « la coutume internationale qui s'oppose à la poursuite des États devant les juridictions pénales d'un État étranger s'étend aux organes et entités qui constituent l'émanation de l'État ainsi qu'à leurs agents en raison d'actes qui (...) relèvent de la souveraineté de l'État concerné ».

(341) Cass. 1re civ., 1er févr. 2005, *NIOC : Gaz. Pal.* 28 mai 2005, no 148. La Cour de cassation reconnaît le pouvoir au juge français de nommer un arbitre dans le litige qui opposait la société National Iranian Oil Company à l'État d'Israël afin d'éviter un déni de justice.

(342) Cass. crim., 13 mars 2001 : *JDI* 2002, p. 804.

Il en est de même des agents diplomatiques, lesquels bénéficient également de l'immunité juridictionnelle. La Convention de Vienne du 18 avril 1961 (343), entrée en vigueur en 1971, fixe les principes des immunités des missions diplomatiques. Cette immunité s'étend au conjoint ainsi qu'aux enfants mineurs de l'agent diplomatique, sous réserve que l'État l'ayant accrédité n'ait pas renoncé à l'immunité. **1269**

Toute personne accréditée par l'État est protégée par cette immunité. Ces personnes sont les ambassadeurs, les conseillers et les attachés d'ambassade.

II/ Les États

a) Les immunités de juridiction

Un État bénéficie d'une immunité de juridiction devant les juridictions étrangères, lesquelles ne pourront ainsi prendre ni jugement ni acte d'exécution sur leurs biens. **1270**

Jusqu'au début du XXe siècle, l'immunité des États était absolue (344). Alors qu'un particulier ne pouvait pas poursuivre un État étranger devant les juridictions françaises, l'État étranger pouvait toujours poursuivre une personne privée. Cette immunité est fondée sur le principe de souveraineté d'un État : un souverain ne peut pas juger un autre souverain. Il faut rappeler que pour qu'il y ait un État souverain selon les règles du droit international public, il faut la réunion de trois conditions : un territoire, une population et un gouvernement. La non-reconnaissance n'est pas en elle-même un obstacle à l'immunité, une reconnaissance de fait est suffisante. Chaque État fixera donc sous quelles conditions cette immunité va pouvoir être soulevée. En France, l'immunité est consacrée par la jurisprudence.

Dans un arrêt aujourd'hui ancien, la Cour de cassation a admis la saisie-arrêt contre la Représentation commerciale des Soviets, organisme représentant l'Union soviétique au motif que cet organisme « faisait des actes de commerce auxquels le principe de souveraineté des États demeure étranger » (345). Les tribunaux, qui avaient une appréciation subjective de l'immunité comme fondée, ont désormais une appréciation objective comme fondée sur l'activité exercée par la personne mise en cause. L'immunité juridictionnelle devient donc relative. Les tribunaux pourront, si les actes concernés ne sont pas des actes de puissance publique, juger l'état ou son émanation.

Ainsi, dans un arrêt en date du 25 février 1969 (346) qui oppose l'administration des chemins de fer du gouvernement iranien à la société Levant Express Transport, la Cour de cassation délimite les contours de cette immunité : « Les États étrangers et les organismes agissant pour leur ordre ou pour leur compte ne bénéficient de l'immunité de juridiction qu'autant que l'acte qui donne lieu au litige constitue un acte de puissance publique ou a été accompli dans l'intérêt d'un service public » et que par conséquent l'activité de transport même ferroviaire pouvait donc constituer un acte de commerce qui n'est pas subordonné à

(343) L'article 31, alinéa 1 prévoit des cas où l'immunité ne s'applique pas, à savoir les actions réelles contre un immeuble privé appartenant au diplomate, les actions concernant une succession dans laquelle l'agent est intéressé à titre privé ou encore une action concernant une activité professionnelle ou commerciale exercée par l'agent diplomatique en dehors de ses fonctions officielles.
(344) Cass. 1re civ., 22 janv. 1849, *Gouvernement Espagnol* c/ *Casaux : S.* 1849, I, col. 81.
(345) Cass. req., 19 févr. 1929 : *DP* 1929, I, p. 172, note R. Savatier.
(346) Cass. 1re civ., 25 févr. 1969, *Levant Express : GAJFDIP*, no 47.

un acte de souveraineté ; cette administration pouvait donc être jugée. Cette solution a été reprise de multiples fois (347).

Les deux critères de cet arrêt, à savoir acte de puissance publique ou accompli dans l'intérêt d'un service public, a été maintes fois rappelé en droit du travail.

Ainsi, dans un arrêt rendu le 20 juin 2003 (348), la Cour a considéré que l'État saoudien ne pouvait bénéficier de cette immunité, n'ayant pas déclaré une enseignante de l'école saoudienne de Paris au régime français de protection sociale. Cette déclaration constituait un acte de gestion administrative non couvert par l'immunité.

L'État algérien a été condamné de la même manière dans un arrêt en date du 21 janvier 2016 (349). Deux salariés du consulat d'Algérie à Montpellier ont saisi la juridiction prud'homale pour obtenir des rappels de salaire et une résiliation judiciaire de leur contrat de travail. L'État algérien ayant soulevé alors l'incompétence des tribunaux français pour immunité, la cour a considéré que les tâches effectuées « ne conféraient aux salariés aucune responsabilité particulière dans l'exercice du service public consulaire ni prérogative de puissance publique, de sorte que les actes litigieux relatifs aux conditions de travail et à l'exécution du contrat constituaient des actes de gestion excluant l'application du principe d'immunité de juridiction ».

La Cour de cassation confirme de nouveau sa position sur le même fondement en condamnant l'État italien (350).

Les règles d'immunités juridictionnelles des États et de leurs biens ont été codifiées par une convention en date du 2 décembre 2004 adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies. Celle-ci n'est pas encore entrée en vigueur (351).

b) Les immunités d'exécution

1271 Les États bénéficient non seulement d'une immunité de juridiction, mais également d'exécution. Les biens appartenant aux États ne peuvent être saisis, car cela porterait atteinte à l'indépendance matérielle de l'État. En France, cette immunité peut être levée si les biens saisis sont affectés à l'activité économique ou commerciale de droit privé et si la créance doit tenir son origine de la même activité économique ou commerciale (352). Dans un arrêt en date du 1er octobre 1985 (353), la Cour de cassation pose une présomption d'affectation à une activité de souveraineté pour les biens appartenant à un État. Ces biens sont en principe insaisissables sauf à prouver qu'ils ont été affectés à une activité économique ou commerciale de droit privé. La cour opère une distinction de régime avec les biens appartenant à des organismes publics. S'agissant des biens appartenant aux organismes publics et affectés à une activité relevant du droit privé, le créancier n'aura pas l'obligation de prouver que l'origine de la créance qui fonde la saisie est la même activité de droit privé que celle à laquelle est affecté le patrimoine dans lequel se trouve le bien saisi.

(347) Cass. 1re civ., 28 mai 2002 : *Rev. crit. DIP* 2003, p. 296, l'État tunisien et la Banque centrale de Tunisie ont bénéficié de l'immunité de juridiction. – Cass. 1re civ., 27 avr. 2004 : *Rev. crit. DIP* 2005, l'officier membre de l'équipe de parachutisme de l'armée américaine United States Army parachute Team (USAPT) qui a blessé un parachutiste français au cours d'un stage d'entraînement en vol en Arizona (États-Unis d'Amérique) a pu ainsi bénéficier de l'immunité de juridiction.

(348) Cass. ch. mixte, 20 juin 2003 : *Rev. crit. DIP* 2003, p. 648.

(349) Cass. soc., 21 janv. 2016, *Zemirli*.

(350) Cass. soc., 23 mars 2017, nº 15-22.890.

(351) Cette convention a été signée par vingt-huit pays et a fait l'objet d'une approbation par la France le 12 août 2011.

(352) Cass. 1re civ., 14 mars 1984, *Eurodif : GAJFDIP*, nº 65.

(353) Cass. 1re civ., 1er oct. 1985, *Sonatrach : GAJFDIP*, nº 66.

L'immunité d'exécution a été codifiée par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 (loi « Sapin 2 ») aux termes des articles L. 111-1-1 à L. 111-1-3 du Code des procédures civiles d'exécution. **1272**

Avant toute mesure conservatoire ou mesure d'exécution forcée sur un bien appartenant à un État étranger, il faut une autorisation préalable du juge (354).

L'article L. 111-1-2 du même code fixe les conditions dans lesquelles le juge pourra autoriser la mesure conservatoire ou l'exécution forcée sur un bien d'un État étranger :

- lorsque l'État concerné a expressément consenti à l'application d'une telle mesure ;
- lorsque l'État concerné a réservé ou affecté ce bien à la satisfaction de la demande qui fait l'objet de la procédure ;
- lorsqu'un jugement ou une sentence arbitrale a été rendu contre l'État concerné et que le bien en question est spécifiquement utilisé ou destiné à être utilisé par ledit État autrement qu'à des fins de service public non commerciales et entretient un lien avec l'entité contre laquelle la procédure a été intentée. Sont notamment considérés comme spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'État à des fins de service public non commerciales, les biens suivants :
  - les biens, y compris les comptes bancaires, utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions de la mission diplomatique de l'État ou de ses postes consulaires, de ses missions spéciales, de ses missions auprès des organisations internationales, ou de ses délégations dans les organes des organisations internationales ou aux conférences internationales,
  - les biens de caractère militaire ou les biens utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions militaires,
  - les biens faisant partie du patrimoine culturel de l'État ou de ses archives qui ne sont pas mis ou destinés à être mis en vente,
  - les biens faisant partie d'une exposition d'objet d'intérêt scientifique, culturel ou historique qui ne sont pas mis ou destinés à être mis en vente,
  - les créances fiscales ou sociales de l'État.

c) La renonciation à l'immunité

Qu'il s'agisse d'une immunité de juridiction ou d'exécution, l'État peut y renoncer. La renonciation à l'immunité doit non seulement être expresse, mais aussi spéciale (355), ainsi qu'il résulte de l'article L. 111-1-3 du Code des procédures civiles d'exécution. Cet article, qui ne concerne en principe que les seules mesures d'exécution mises en œuvre après l'entrée en vigueur de la loi, va être appliqué par les juges au litige existant, pour reprendre les termes de la décision citée : « compte tenu de l'impérieuse nécessité, dans un domaine touchant à la souveraineté des États et à la préservation de leurs représentations diplomatiques, de traiter de manière identique des situations similaires ». **1273**

III/ L'immunité des organisations internationales

Une organisation internationale (OI) est une personne morale de droit public fondée par un traité international par des États ou des organisations internationales afin de coordonner une action sur un sujet déterminé dans les statuts. Elle bénéficie à ce titre d'une immunité de juridiction et d'exécution. En effet, cette immunité est nécessaire pour le bon fonctionnement de la mission qui lui est confiée, et évite l'ingérence des États. **1274**

(354) CPC ex., art. L. 111-1-1.
(355) Cass. 1re civ., 10 janv. 2018, *Commisimpex*.

Cette immunité figure soit dans l'acte constitutif de l'organisation (356), soit dans une convention générale sur les privilèges et immunités de l'organisation (357), soit dans un accord de siège conclu entre l'organisation internationale et un État (358).

Comment concilier cette immunité avec le droit pour toute personne à un procès équitable, public et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial prévu par la Convention européenne des droits de l'homme (art. 6, § 1) et par le Pacte relatif aux droits civils et politiques adopté par les Nations unies (art. 14, § 1) ?

1275 Pour bénéficier de l'immunité juridictionnelle, l'organisation internationale doit avoir prévu un mécanisme de recours spécifique pour ses salariés. Si tel est le cas, les salariés ne pourront saisir les juridictions françaises.

B/ Les articles 14 et 15 du Code civil

1276 Ainsi qu'il a été rappelé ci-dessus, l'article 14 du Code civil énonce que l'étranger, même non-résident en France, pourra être cité devant les tribunaux français pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français. Il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français, et l'article 15 du Code civil énonce qu'un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger.

Ce privilège, fondé sur la nationalité, permet à un demandeur ou à un défendeur français, en l'absence de tout lien avec la France, de saisir les tribunaux français. Ce principe a été consacré par l'arrêt *Société Cognac and Brandies* rendu en 1985 par la Cour de cassation (359).

I/ Le domaine d'application des articles 14 et 15 du Code civil

a) Le domaine d'application ratione personae

1277 Les articles 14 et 15 du Code civil s'appliquent dès lors que l'un des plaideurs a la **nationalité française**. La compétence des tribunaux français est fondée sur ce seul critère juridique : la nationalité française, et non sur les droits nés des faits litigieux, ainsi qu'en ont décidé les juges dans un arrêt *La Métropole* en date du 21 mars 1966 (360). Lorsque la cour a décidé que c'est la nationalité des ayants cause et non de leur auteur qui doit être prise en considération pour l'application de ces textes.

Le plaideur peut être une personne physique ou morale. Dès lors qu'elle possède la nationalité française, les tribunaux français pourront être saisis.

Cette nationalité doit être existante lors de l'introduction de l'instance, à la date de l'assignation (361).

La saisie des tribunaux français fondée sur ce critère de nationalité ne doit pas résulter de la cession d'une créance faisant l'objet d'un litige devant un tribunal étranger, tribunal déjà saisi par le cédant ou dont le cédant a déjà accepté la compétence. Par cette décision rendue

(356) Pour l'ONU, Charte des Nations unies, art. 105, § 1.
(357) Convention sur les privilèges et immunités des Nations unies, 13 févr. 1946.
(358) Accord du 26 juin 1947 entre les États-Unis et les Nations unies.
(359) Cass. 1re civ., 19 nov. 1985, *Sté Cognac and Brandies : Rev. crit. DIP* 1986.
(360) Cass. 1re civ., 21 mars 1966, *La Métropole : GAJFDIP*, no 43.
(361) Cass. civ., 17 janv. 1899.

dans une affaire *Garrett*, les juges condamnent la saisine frauduleuse des tribunaux français par collusion entre le cédant et le cessionnaire (362).

b) Le domaine d'application ratione materiae

1278 Les articles 14 et 15 du Code civil visent les obligations contractées par ou envers des Français. Mais la jurisprudence a généralisé, dans un arrêt rendu en 1970 *Weiss* (363), le privilège de juridiction aux actions patrimoniales et extrapatrimoniales. Par ce même arrêt, les juges ont exclu de l'application de ce privilège de juridiction les actions réelles immobilières et demandes en partage portant sur des immeubles situés à l'étranger, ainsi que les demandes relatives à des voies d'exécution pratiquées hors de France (364). Ces deux exclusions sont fondées sur le critère de la souveraineté de l'État de situation du bien et de la procédure à exécuter.

II/ Les caractéristiques du privilège des articles 14 et 15 du Code civil

a) Un caractère subsidiaire

1279 Le privilège de nationalité ne peut être invoqué que si la compétence des tribunaux français ne peut résulter d'aucun autre texte. Ce caractère subsidiaire a été consacré par l'arrêt *Cognac and Brandies* susvisé. Il convient, en premier lieu, d'appliquer les règles de compétence de droit commun, puis, en second lieu, les privilèges des articles 14 et 15 du Code civil.

Ces articles s'effacent devant des clauses d'attribution de compétence.

b) Un caractère facultatif

1280 Les articles 14 et 15 du Code civil laissent une possibilité (une dernière) de saisir les tribunaux français, et non une obligation. Cette faculté est consacrée par les arrêts *Prieur* du 23 mai 2006 et *Fercométal* du 22 mai 2007. La personne bénéficiaire de ce privilège pourra saisir le tribunal de son choix. Néanmoins, la jurisprudence a posé des contours à cette liberté : le choix doit correspondre soit à l'existence d'un lien de rattachement de l'instance au territoire français, soit aux exigences de bonne administration de la justice. Ce tribunal pourra être celui de son domicile, celui proche d'une frontière, soit un tribunal parisien.

Le plaideur français, demandeur ou défendeur, pourra renoncer respectivement à l'application des articles 14 ou 15 du Code civil, ces textes n'étant pas reconnus d'ordre public. Cette renonciation peut être expresse (clause contractuelle, clause attributive de juridiction, clause compromissoire) ou tacite (action introduite à l'étranger par ses soins, ou acceptée par lui).

1281 Le caractère facultatif exclut l'obligation pour le juge d'appliquer ces textes d'office.

Lorsque le juge est saisi, il doit vérifier que le plaideur a bien la nationalité française. Sa compétence ne peut pas faire obstacle à la compétence du juge étranger si le litige se rattache de manière caractérisée à l'État du juge étranger saisi, et que ce dernier a été saisi sans fraude. Le privilège de juridiction (C. civ., art. 15 en l'espèce) pose un principe de compétence directe, sans incidence sur la compétence indirecte. Ainsi en ont décidé les

(362) Cass. 1re civ., 24 nov. 1987, nº 85-14.778, *Garrett*.
(363) Cass. 1re civ., 27 mai 1970, *Weiss*.
(364) Cass. civ., 12 mai 1933, *Cie française de navigation Cyprien Fabre : DP* 1933.

juges dans l'arrêt *Prieur*. Ce principe a été étendu à l'article 14 dans l'arrêt *Fercométal*. En dehors de cette hypothèse, le juge français saisi ne peut refuser sa compétence (365).

En présence d'un litige pour lequel aucun tribunal ne reconnaît sa compétence, le juge français peut, afin d'éviter le déni de justice (366), accepter sa compétence à titre exceptionnel et subsidiaire.

Il faut rappeler qu'en tout état de cause, le règlement Bruxelles I *bis* autorise un demandeur domicilié sur le territoire de l'Union européenne à invoquer à l'encontre d'un défendeur domicilié hors de l'Union européenne les règles de compétence exorbitantes prévues par la législation du pays de son domicile, quelle que soit sa nationalité. Les ressortissants des États tiers domiciliés sur le territoire de l'Union européenne bénéficient également de ce privilège lié au domicile. La convention de Lugano de 2007 prévoit une règle similaire (art. 4-2). Le règlement Bruxelles II *bis* renvoie au droit commun des États membres lorsqu'aucune juridiction d'un État membre n'est compétente, et donne ainsi la possibilité aux privilèges de juridiction de s'exercer.

§ III Les clauses conventionnelles

1282 Les parties peuvent anticiper la naissance d'un litige et convenir d'une clause attributive de juridiction **(A)** ou d'une clause d'arbitrage **(B)**, écartant ainsi les règles de compétence internationales.

A/ Les clauses attributives de juridiction

1283 Par une ***disposition*** insérée dans leur contrat, les parties désignent la juridiction qui sera compétente en cas de litige. Il s'agit d'une « clause d'élection de *for* » ou « clause attributive de compétence » ou encore « clause de prorogation volontaire de compétence ».

Les parties anticipent, au moyen de cette clause, l'insécurité qui peut naître de l'incertitude sur le juge compétent et sur le droit applicable. En effet, plusieurs juridictions peuvent être compétentes pour régler un même litige et les réponses qu'elles donneront peuvent être différentes. La clause attributive de juridiction évince l'application des règles internationales de compétence du juge et désigne la juridiction qui semble la plus appropriée pour les parties pour régler tout litige éventuel. Cette clause permet d'éviter que l'une ou l'autre des parties ait recours au *forum shopping* (course au tribunal).

Ce choix peut être expliqué par la recherche d'une neutralité, donc un juge d'un État tiers à ceux des parties, ou d'une expertise particulière (les juges anglais sont souvent choisis en matière maritime). Son utilisation est fréquente en matière contractuelle, plus rare en matière extracontractuelle.

1284 Malgré l'utilité indéniable de cette clause, une partie de la doctrine n'admettait pas sa validité, en arguant que les règles de conflit de juridiction sont impératives au même titre que les règles de conflit de lois et sont une émanation de la souveraineté de l'État. Cette position était notamment celle de Bartin (367). Le souci n'est-il pas une bonne justice procédurale de droit privé dans l'intérêt des justiciables et non la puissance de l'État ? L'État

(365) Cass. soc., 28 sept. 2016, n° 15-13.297.
(366) C. civ., art. 4.
(367) E. Bartin, *Études sur les effets internationaux des jugements*, 1907, p 57 et s.

autorise les parties à modifier conventionnellement la compétence de ses organes, mais en limitant cette liberté en présence de règles impératives ou de lois de police (368).

Son utilisation est largement admise par la jurisprudence française en matière contractuelle, et ce depuis l'arrêt *Mardelé* (369). La clause attributive a été acceptée plus difficilement et tardivement par les pays de *common law*, et aux États-Unis pour la première fois dans un arrêt *The Bremen*, rendu en 1972 (370).

Sa pratique a été confortée juridiquement par la convention de Bruxelles (art. 17), le règlement Bruxelles I (art. 23), le règlement Bruxelles I *bis* (art. 25) et par la Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les clauses exclusives d'élection de *for*. Ainsi, le droit commun ne s'appliquera qu'en l'absence d'application du droit de l'Union européenne et du droit conventionnel.

Sa validité **(I)** ainsi que ses effets **(II)** seront ci-après étudiés.

I/ Les conditions de validité

1285 La validité de la clause doit être appréciée par le pays dont les juridictions ont été désignées, donc la loi du *for*. On peut prendre pour exemple la désignation de la compétence des juridictions françaises. Cette clause permettra donc d'étendre la compétence de la juridiction française qui n'était peut-être pas compétente et de restreindre la compétence de la juridiction étrangère qui aurait été normalement compétente. En réalité, la désignation impacte dans notre cas les juridictions de deux États. Les deux juridictions des deux États peuvent se déclarer compétentes. Il s'agira alors d'un conflit positif : le demandeur choisira la juridiction. Lorsqu'aucune juridiction des deux États ne se reconnaît compétente, il s'agit d'un conflit négatif. Ce cas est plus gênant. Le juge normalement compétent et qui s'est vu restreindre doit se reconnaître compétent sous peine de déni de justice.

a) Les conditions de fond

1286 Les conditions de fond classiques (consentement, capacité...) ne seront pas rappelées, renvoyant à la loi choisie par les parties. En cas de contestation sur l'accord donné à la clause, la loi du contrat s'appliquera. S'agissant de la licéité, celle-ci s'apprécie au regard des lois françaises ci-après étudiées.

1287 On peut rappeler qu'au niveau interne, les articles 41 et 48 du Code de procédure civile énoncent des conditions de validité.

L'article 41 permet aux parties de convenir, lorsque le litige est né, « que leur différend sera jugé par une juridiction, bien que celle-ci soit incompétente en raison du montant de la demande ».

L'article 48 dispose : « Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ».

La clause attributive de juridiction ne permet pas une totale liberté de choix quant à la juridiction, il faut respecter les ordres de juridiction.

(368) Y. Lequette, *Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme : RCADI* 2018, vol. 387, p. 453.
(369) Cass. 1re civ., 19 févr. 1930, *Mardelé : Rev. crit. DIP* 1930, p. 282 ; *JDI* 1931, p. 290.
(370) Cour suprême des États-Unis, 12 juin 1972, 407 US I no 71-322, *The Bremen c/ Zapata Offshore : Rev. crit. DIP* 1973, 530.

La pleine connaissance exige une rédaction claire et précise. Ainsi, la Cour de cassation a annulé un jugement validant une clause attributive lisible et explicite. Les juges exigent en plus une typographie rendant la clause très apparente (371). Pour que la clause attributive de compétence à un tribunal incompétent en raison du montant soit valable, il faut donc que le litige soit né, et que la désignation de la juridiction soit postérieure.

Pour que la clause attributive de compétence à un tribunal territorialement incompétent soit valable, il faut un contrat entre commerçants, une désignation préalable, une rédaction claire et très apparente.

1288 Au niveau international, dans un arrêt *Compagnie de signaux et d'entreprises électriques* en date du 17 décembre 1985 (372), la Cour de cassation s'est prononcée pour la licéité de cette clause lorsqu'il s'agit d'un litige international et que cette prorogation ne fait pas obstacle à une compétence territoriale impérative d'une juridiction française.

Pour que cette clause soit valable, il faudra vérifier :
- la loi du tribunal qui est évincé, loi du *for* ; dans l'espèce ci-dessus la loi française, pour statuer sur le caractère licite ou pas de l'éviction ;
- la loi du tribunal qui est désigné par la clause ; dans l'espèce ci-dessus la loi libyenne, pour vérifier la licéité de la désignation ;
- et la loi du contrat dans lequel la clause est insérée.

Il ressort de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 3 octobre 2018 que, pour être valable, la clause attributive de compétence doit répondre à un objectif de prévisibilité, soit en renvoyant à une règle de compétence en vigueur dans un État membre, soit en donnant des éléments objectifs suffisamment précis pour identifier la juridiction qui pourrait être saisie.

S'agissant de la validité au regard de la loi française, la clause attributive ne doit pas porter atteinte aux règles de compétence protectrices des parties faibles en matière d'assurance ou de contrat de travail, et également aux règles de compétence exclusive en matière immobilière.

Dans un arrêt en date du 12 février 2016 qui opposait *M. Frédéric Durand* à *Facebook Inc.*, les juges qualifient d'abusive la clause attributive de compétence au profit des juridictions californiennes et la réputent donc non écrite sur le fondement de l'article R. 132-2 du Code de la consommation, lequel présume abusives les clauses ayant pour objet « de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur ».

1289 La clause attributive de compétence est interdite dans les litiges relatifs à l'état des personnes et, conformément à l'article 93 du Code de procédure civile, le juge pourra se déclarer incompétent.

En matière patrimoniale, les clauses attributives de compétence au profit d'un tribunal étranger sont valables même dans le cas d'un litige relevant d'une loi de police française. Ainsi en a décidé la Cour de cassation dans une affaire *Monster Cable* (373). Le statut des lois de police change selon qu'elles sont des lois de police du *for* ou de l'État étranger. Le juge **doit** appliquer les lois de polices du for, mais **peut** appliquer les lois de police étrangères. Par ailleurs, les clauses compromissoires ou les clauses attributives de juridiction rédigées sous la forme « tout litige né du contrat » et désignant une juridiction étrangère permettent d'échapper à l'application de dispositions impératives constitutives de lois de police de l'article L. 442-6 du Code de commerce. La Cour de cassation vient à nouveau de

(371) Cass. com., 20 avr. 2017, n° 15-20.908.
(372) Cass. 1re civ., 17 déc. 1985, *Cie de Signaux et d'entreprises électriques* c/ *Sté Sorelec : GAJFDIP*, n° 72.
(373) Cass. 1re civ., 22 oct. 2008, *Monster Cable : Procédures* 2008, n° 12, n° 331, comm. C. Nourissat.

confirmer sa position dans deux arrêts des 24 novembre 2015 (374) et 18 janvier 2017 (375), pour des contentieux relevant du règlement Bruxelles I (art. 23)

N'est-ce pas normal puisque l'application éventuelle d'une loi de police relève de la question de la détermination de la loi applicable ? Or, on doit d'abord déterminer le juge compétent avant toute chose. Et si le juge retient la loi française, la question de la loi de police pourra être soulevée (376). En tout état de cause, la clause attributive de compétence est autonome par rapport à la convention principale et reste valable même si le contrat est nul (377).

b) Les conditions de forme

1290 Les conditions de forme sont déterminées par la règle de droit commun : les parties peuvent adopter les règles de forme du lieu de la signature de l'acte ou la loi qui régit l'acte quand au fond.

La clause attributive doit être écrite et plus encore, ainsi qu'il a été dit au *a)* ci dessus, elle doit faire l'objet d'une rédaction claire et précise et d'une typographie rendant la clause très apparente pour qu'elle soit admise.

II/ Les effets de la clause

1291 La clause attributive de juridiction donne compétence aux tribunaux d'un État. Cette clause peut être plus précise et désigner le tribunal au sein de l'ordre juridictionnel.

Une tierce personne assignée comme codéfendeur ou comme intervenant forcé, mise en cause dans un litige international, peut invoquer la clause d'attribution juridictionnelle pour éviter de comparaître devant les tribunaux français, alors que cela n'est pas possible en droit interne car les dispositions de l'article 333 du Code de procédure civile paralysent les effets d'une telle clause.

Le juge saisi d'une demande fondée sur l'urgence ou le péril n'est pas lié par la clause attributive de juridiction dès lors que les mesures sollicitées doivent s'exécuter en France.

B/ Les clauses d'arbitrage

1292 La présente analyse se limitera aux principes. La deuxième commission reviendra plus amplement sur l'arbitrage international et sur l'opportunité ou non de l'envisager dans les actes comportant un élément d'extranéité, ainsi que sur le rôle du notaire dans l'arbitrage (V. *infra*, n^{os} 2305 et s.).

Les parties décident dans une convention de soumettre le traitement d'un ou plusieurs litiges, nés ou à naître, non pas à une juridiction étatique mais à un ou des juges privés que l'on nomme « arbitres ». Cette décision peut être prise en amont. Les parties régularisent une convention dans laquelle elles décident de soumettre à l'arbitrage les éventuels litiges qui pourraient naître dans le cadre de leur relation contractuelle : il s'agit de **la clause**

(374) Cass. com., 24 nov. 2015, n° 14-14.924, *Lauterbach*.
(375) Cass. 1re civ., 18 janv. 2017, n° 15-26.105, *Sté Riviera Motors* c/ *Sté Aston Martin Lagonda Ltd*.
(376) Lire en ce sens M. Audit, S. Bollée et P. Callé, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, 2014, n° 697.
(377) Cass. 1re civ., 8 juill. 2010, n° 07-17.788, *Sté Bluebell*.

compromissoire (378). Les parties peuvent aussi décider, une fois le litige né, donc en aval, de le confier à un arbitre : il s'agit d'**un compromis** (379).

En droit interne, autorisé dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle depuis une loi du 15 mai 2001, l'arbitrage a été réformé par le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011. Même s'il existe deux types de conventions, une seule règle s'appliquera à la convention d'arbitrage, terminologie d'ailleurs unique reprise dans tous les articles du Code de procédure civile.

L'arbitrage international est codifié aux articles 1504 et suivants du Code de procédure civile. Aucune définition n'est donnée de la convention d'arbitrage, et aucun renvoi n'est fait à l'article 1442. La jurisprudence a d'ailleurs clairement mis fin à cette distinction dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris (380).

Sa validité **(I)** ainsi que ses effets **(II)** seront ci-après étudiés.

I/ Les conditions de validité

1293 Les conditions de validité sont déterminées par le droit applicable à la convention d'arbitrage. La jurisprudence française, dans un arrêt *Hecht* de la cour d'appel de Paris du 19 juin 1970, confirmé par la Cour de cassation (381), valide la clause compromissoire insérée dans un contrat international alors qu'elle était interdite en droit interne. Les juges ont consacré, dans l'arrêt *Dalico* de 1993 (382), le principe selon lequel l'existence et l'efficacité d'une clause compromissoire s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique. La cour exclut ainsi toute approche conflictuelle pour déterminer le régime applicable à la clause compromissoire.

1294 La cour indique qu'en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence, et que son **existence** et son **efficacité** s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique. La clause compromissoire est donc valable dès lors qu'elle a été voulue par les parties et qu'elle n'est pas contraire à l'ordre public international français ; nul besoin d'autres règles (383).

1295 La validité de la clause compromissoire ne pourra être compromise par celle du contrat principal puisqu'elle revêt un caractère autonome. Ce principe d'autonomie, consacré de longue date dans un arrêt *Gosset* du 7 mai 1963 (« L'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles, une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte »), a maintes fois été repris par les juges.

L'article 1447 auquel renvoie l'article 1506 du Code de procédure civile prévoit le même principe : « La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci ». Ainsi, dans un arrêt en date

(378) CPC, art. 1442, al. 2.
(379) CPC, art. 1442, al. 3.
(380) CA Paris, 17 janv. 2002 : *JurisData* n° 2002-184968.
(381) Cass. 1re civ., 4 juill. 1972, n° 70-14.163, *Hecht*.
(382) Cass. 1re civ., 20 déc. 1993, *Dalico : Rev. crit. DIP* 1994, p. 663, P. Mayer.
(383) Cass. 1re civ., 5 janv. 1999 *Zanzi : Rev. crit. DIP* 1999. – CA Paris, 23 mai 2017, n° 15/24578. – CA Paris, 30 mai 2017, n° 15/16412.

de 2005 (384), les juges ont statué « qu'en application du principe de validité de la convention d'arbitrage et de son autonomie en matière internationale, la nullité non plus que l'inexistence du contrat qui la contient ne l'affectent ».

Lorsque la clause compromissoire est nulle, conformément à l'article 1447, alinéa 2 du Code de procédure civile, elle est réputée non écrite.

1296 La Convention de New York du 10 juin 1958, pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, reconnaît cinq cas de refus de reconnaissance d'une sentence arbitrale : l'incapacité des parties, l'invalidité de la convention d 'arbitrage, la méconnaissance des procédures régulières, un différend non visé par la convention d'arbitrage, l'incompétence du tribunal arbitral.

Il est également prévu deux cas dans lesquels le tribunal peut d'office refuser de reconnaître ou d'exécuter la sentence arbitrale : l'inarbitrabilité et la contrariété à l'ordre public.

a) Les conditions de fond

1297 La validité de la clause d'arbitrage est soumise aux conditions classiques de validité de tout acte juridique, notamment au regard du consentement et de la capacité. Cette capacité est en principe vérifiée par rapport à la loi personnelle de la personne, soit sa loi nationale. La convention de New York, comme d'autres droits en matière d'arbitrage, applique la méthode conflictuelle pour refuser de reconnaître ou d'exécuter une sentence arbitrale lorsque les parties étaient « en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité ».

Mais, dans un arrêt le 24 février 2005, dans une affaire qui concernait les pouvoirs du représentant d'une personne morale, les juges ont conclu qu'un « principe de capacité fondé sur la croyance légitime dans les pouvoirs des représentants se déduit du principe de validité de la convention d'arbitrage pour mettre un terme aux comportements contraires à la bonne foi », mettant peut-être fin à la solution susvisée et créant peut-être une règle matérielle.

1298 La clause d'arbitrage ne peut pas être utilisée pour toutes les matières, on parle ainsi d'inarbitrabilité. On ne peut compromettre que sur des droits dont on a la libre disposition (385). L'article 2060 du Code civil dispose ainsi : « On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre ».

1299 Même si les clauses d'arbitrage ne sont pas prohibées en matière de contrat de consommation et de contrat de travail international, leur effet est limité. La clause compromissoire insérée dans un contrat de consommation sera considérée comme abusive en droit interne. Les juges protègent par cette sanction la partie faible qui ne pourrait pas recourir à l'arbitrage du fait de son coût. Ces mêmes juges ont admis leur validité lorsque les clauses d'arbitrage sont insérées dans un contrat de consommation international (386). En matière de contrat de travail international, la clause compromissoire n'est pas nulle, mais ne pourra pas être opposée au salarié qui a régulièrement saisi les juridictions françaises (387).

(384) Cass. 1re civ., 25 oct. 2005, nº 02-13.252.
(385) C. civ., art. 2059 : « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition ».
(386) Cass. 1re civ., 21 mai 1997, nº 95-11.427, *Stés V 2000 et Project XJ 220*.
(387) Cass. soc., 28 juin 2005 : *JDI* 2006, p. 616.

b) Les conditions de forme

1300 L'article 1507 du Code civil dispose que la convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme.

II/ Les effets

1301 La clause d'arbitrage a un effet entre les parties, mais également à l'égard des tiers.

a) Les effets entre les parties

1302 La convention arbitrale consacre la renonciation par les parties à la compétence des tribunaux ordinaires et à l'attribution de la compétence à un tribunal arbitral pour traiter les litiges qu'elle vise ; on parle de l'effet positif de la convention arbitrale. Cette même convention consacre corrélativement l'incompétence des tribunaux ordinaires pour les litiges qu'elle vise et une impossibilité pour les parties de saisir ces mêmes tribunaux ; on parle d'effet négatif de la convention arbitrale.

1303 S'agissant de l'effet positif, les parties sont tenues de saisir le tribunal arbitral lorsque le litige visé par la convention survient. Si une des parties ne se présente pas, le tribunal arbitral peut rendre une sentence par défaut. Cette sentence ne sera pas contraire à l'ordre public international dès lors que le défendeur aura été dûment informé de la procédure et qu'il n'aura pas été dans l'impossibilité matérielle de se faire représenter. Ainsi en ont décidé les juges dans un arrêt en date du 7 février 1991 (388).

1304 L'adoption d'une convention d'arbitrage est analysée comme une renonciation aux privilèges et immunités dont bénéficie une partie. Ainsi en ont décidé les juges dans un arrêt en date du 11 juin 1991. Cette renonciation implicite vaut tant pour la décision que pour son *exequatur* (389). La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi « Sapin 2 », est venue apporter des précisions sur les conditions et la portée d'une renonciation à l'immunité d'exécution des États. Toute mesure conservatoire ou d'exécution forcée sur un bien appartenant à un État nécessitera, conformément à l'article L. 111-1-1 du Code des procédures civiles d'exécution, l'accord préalable du juge par ordonnance rendue sur requête et que diverses conditions soient remplies (390).

1305 Cette convention arbitrale a également un effet positif à l'égard de l'arbitre. D'une part parce que l'arbitre est tenu de traiter le litige visé par la convention, et d'autre part parce qu'il doit statuer lui-même, lorsque contestation il y a, sur sa compétence. Il s'agit de l'« effet positif du principe de compétence-compétence ». Ainsi, l'article 1645 du Code procédure civil auquel renvoie l'article 1506-3 dispose que : « Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel ». Cette règle en matière de droit interne est appliquée également en droit international à toute contestation, évitant ainsi que l'arbitre ne soit lié et tenu de surseoir du fait de la saisine d'une juridiction étatique. La décision de l'arbitre sur sa compétence est néanmoins soumise au contrôle du juge étatique dans le cadre du recours contre la sentence que dans le cadre de l'*exequatur* de celle-ci (391).

(388) CA Paris, 7 févr. 1991 : *Rev. arb.* 1992, 634.
(389) Cass. 1re civ., 11 juin 1991, n° 90-11.282 : « L'État étranger qui s'est soumis à la juridiction arbitrale a, par là même, accepté que la sentence arbitrale puisse être revêtue de l'*exequatur*, lequel ne constitue pas, en lui-même, un acte d'exécution de nature à provoquer l'immunité d'exécution de l'État considéré ».
(390) CPC ex., art. L. 111-1-2 et L. 111-1-3.
(391) CA Paris, 10 mai 2016, n° 14/20486.

S'agissant de l'effet négatif, la convention arbitrale consacrant, pour les litiges qu'elle concerne, l'incompétence des juridictions étatiques, oblige ces dernières en cas de saisine à renvoyer les parties devant le tribunal arbitral. Cependant, le juge ne peut pas relever d'office son incompétence, ainsi qu'il résulte de l'article 1448, alinéa 2 du Code de procédure civile. Toute stipulation contraire est réputée non écrite. Le défendeur doit par conséquent soulever l'exception d'incompétence devant le juge étatique (392). **1306**

Le juge étatique n'est pas compétent pour connaître d'une action contre la convention arbitrale. S'il est saisi d'une question sur le fond de la convention arbitrale, il ne peut se prononcer sur la compétence de l'arbitre avant que celui-ci se prononce sur sa propre compétence dès lors que le demandeur invoque la convention, et ce même s'il en conteste la validité ou l'étendue. Il résulte de l'article 1448, alinéa 2 du Code de procédure civile en droit interne, auquel renvoie l'article 1506, 1° en droit international, que deux cas peuvent se présenter : **1307**

- soit le tribunal arbitral est déjà saisi et un juge étatique saisi du même litige doit se déclarer incompétent ;
- soit le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, et le juge étatique doit également se reconnaître incompétent sauf à constater « la nullité ou l'inapplicabilité manifeste » de la convention d'arbitrage.

Le juge étatique retrouve sa compétence dans deux hypothèses : **1308**

- première hypothèse : les parties renoncent à la convention d'arbitrage ;
- seconde hypothèse : le tribunal arbitral n'est pas encore constitué, une partie peut demander une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire conformément à l'article 1449, alinéa 1 du Code de procédure civile.

Tant le juge étatique que l'arbitre interprètent la convention d'arbitrage d'une manière large, sans se référer à une loi étatique particulière. La convention d'arbitrage soustrait les litiges qu'elle vise à la compétence des juridictions judiciaires étatiques pour tout ce qui est causal ou connexe avec son objet. Ainsi, le tribunal arbitral sera compétent pour statuer sur un litige relatif à la résiliation du contrat bien que la clause compromissoire ne vise que « les litiges survenus à l'occasion de l'exécution du contrat » (393), comme à la caducité du contrat alors que la clause ne vise que l'exécution (394). De même, la nature contractuelle ou délictuelle des demandes ne sera pas une limite à sa compétence dès lors que les demandes peuvent être englobées dans les litiges couverts par le libellé de la convention d'arbitrage (395). **1309**

Cette volonté d'étendre l'application des conventions d'arbitrage se retrouve également dans le cadre d'un groupe de contrats régularisés entre les mêmes parties. Ainsi, par une interprétation implicite de la volonté des parties, les arbitres ont décidé d'étendre l'application d'une clause d'arbitrage contenue dans un contrat et pas dans les autres à l'ensemble des contrats, au motif que ces conventions avaient un caractère complémentaire, ou qu'elles participaient à la réalisation d'une même opération globalement envisagée. La sentence prononcée par le Centre international pour le règlement des différends en matière d'investissements (CIRDI) les 4 et 9 février 1988, dans une affaire qui opposait la société Ouest-africaine des bétons industriels (SOABI) à la République du Sénégal, en est une parfaite illustration. **1310**

(392) Cass. 2e civ., 22 nov. 2012, n° 11-19.524.
(393) Cass. com., 13 mars 1978 : *Rev. arb.* 1979, p. 339.
(394) Cass. 1re civ., 21 oct. 2015, n° 14-25.080.
(395) Cass. 1re civ., 21 oct. 2015, n° 14-25.080.

b) Les effets à l'égard des tiers

1311 D'autres personnes que les parties elles-mêmes peuvent être concernées par la clause d'arbitrage. Il en avait été jugé ainsi pour des conventions d'arbitrage non signées par des parties, mais dépendant d'un groupe de sociétés. Aujourd'hui, cette volonté d'extension se manifeste plus largement.

1312 L'appartenance à un groupe de sociétés ne suffit pas à étendre la clause d'arbitrage non signée par tous à l'ensemble des sociétés du groupe (396). Encore faut il que cette autre société ait participé à l'opération économique pour laquelle la clause a été stipulée, ou est directement concernée par elle, ou qu'il y ait eu acceptation tacite de la clause d'arbitrage par la partie non signataire, acceptation déduite de sa participation active à la négociation, l'exécution, ou la résiliation du contrat (397).

1313 La jurisprudence française applique également cette solution aux hypothèses d'ensembles de contrats ou de sous-contrats entre personnes signataires et non signataires sans lien particulier, jugeant que l'effet de la clause d'arbitrage s'étend aux personnes directement impliquées dans l'exécution du contrat et aux litiges qui peuvent en résulter (398).

CHAPITRE II La reconnaissance des décisions étrangères en France et leur exécution

1314 Au Moyen Âge, seul le souverain pouvait juger ses sujets, et par conséquent une décision étrangère concernant des sujets français ne pouvait pas être reconnue ni avoir d'effet en France. La maxime « Nul sujet de France ne peut être tiré de sa juridiction naturelle, nonobstant qu'il soit allé s'habituer hors du royaume » protégeait les prérogatives du souverain sur ses sujets. S'agissant des décisions étrangères prises au sujet d'étrangers, elles ne pouvaient être reconnues et produire d'effet qu'après une procédure de contrôle.

Historiquement, dans l'Ancien droit un jugement français n'avait autorité de plein droit que dans le ressort du Parlement qui l'avait rendu, et un jugement étranger n'avait aucune autorité de plein droit. La procédure *de pareatis*, décision rendue sur lettres rogatoires de la juridiction d'origine, par la chancellerie d'un Parlement (*pareatis* du Petit-Sceau) ou par la chancellerie de France (*pareatis* du Grand-Sceau) rendait le jugement français ou étranger exécutoire dans le ressort de l'autorité qui le délivrait (399).

1315 Dans le contexte de mondialisation actuelle, les États ont le souci de régler de façon harmonieuse les relations internationales afin de ne pas les entraver. Ils cherchent, au moyen de leurs règles de droit international privé, à garantir aux citoyens une continuité dans leur situation juridique. Cela implique notamment d'accepter que des décisions étrangères puissent produire **des effets** dans leur ordre juridique étranger. Les effets peuvent être de deux natures. Il peut d'abord s'agir d'une simple reconnaissance d'une situation juridique créée par une décision étrangère, par exemple une personne pourra invoquer, en

(396) Sent. CCI nos 7604 et 7610 (1995 et 1996).
(397) Sent. CCI no 4131 (1982), *Dow Chemical*.
(398) Cass. 1re civ., 27 mars 2007, *Sté ABS,* no 04-20.842.
(399) P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, LGDJ, 11e édition, p. 294. – *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences et des arts et des métiers*, t. XXIV, p 615.

France, un jugement de divorce rendu à l'étranger pour se remarier. Aucune procédure ne sera imposée dans ce cas. Ensuite se pose la question de l'exécution proprement dite d'une décision étrangère. Il s'agit de la possibilité pour une partie de donner à la décision rendue à l'étranger une force exécutoire en France au moyen de la procédure d'*exequatur*.

Les principes de la reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères ont été posés par la jurisprudence *Münzer* (400).

1316 Les décisions judiciaires, lorsqu'elles émanent d'États qui ne sont pas membres de l'Union européenne, ou qui ne sont pas liés avec la France par des conventions, seront accueillies en France à la suite d'un contrôle dont le contenu est fixé par la jurisprudence *Münzer*. On observera que, même si les motifs de contrôle vont s'amenuisant, les règles de reconnaissance des décisions étrangères apparaissent moins libérales que les règles européennes, dans la mesure où il semble plus difficile d'y voir une communauté de droit.

1317 L'étude se limitera aux décisions concernant les relations privées entre individus (les décisions répressives, fiscales, administratives... soit ne produisent pas d'effets en France, soit en produisent selon des procédures qui leur sont propres). Quelle que soit la nature de la juridiction ayant rendu la décision, dès lors que celle-ci concerne des relations privées, son efficacité en France sera recherchée.

L'efficacité des décisions étrangères en France n'a fait l'objet, pendant longtemps, que de peu de textes ; son régime était surtout de source jurisprudentielle **(Section II)**. Depuis, les conventions internationales et les règlements européens ont pris une place déterminante, ne serait-ce qu'en raison de leur fréquence d'application, ce qui justifiera qu'ils soient étudiés en premier lieu **(Section I)**.

Section I Les conventions internationales et les règlements européens

1318 L'Union européenne, à la recherche d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, a adopté un certain nombre de conventions fixant des règles concernant les effets des décisions judiciaires entre États membres. L'une des plus importantes a été la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, remplacée par le règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000, lui-même remanié et devenu le règlement Bruxelles I *bis* du 12 décembre 2012. D'autres règlements sont venus poser des règles d'accueil des décisions des États membres, de façon plus ponctuelle en se limitant à certaines matières : régime matrimonial et autorité parentale, divorce, successions, partenariats enregistrés, injonction de payer, petits litiges, saisies des avoirs bancaires. Ils seront présentés dans une première partie **(Sous-section I)**.

L'Union européenne a également signé avec les États de l'AELE la Convention de Lugano de 2007, laquelle comporte des règles similaires à la convention de Bruxelles **(Sous-section II)**.

Enfin, la France a par ailleurs conclu des traités bilatéraux en matière de reconnaissance des décisions **(Sous-section III)**.

(400) Cass. 1re civ., 7 janv. 1964 : *Rev. crit. DIP* 1964, 344, note H. Batiffol.

Sous-section I Les règlements européens

1319 Les règlements Bruxelles I et I *bis* concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale constituent aujourd'hui le droit commun de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères. Les autres règlements en matière matrimoniale et autorité parentale (401), en matière d'obligations alimentaires (402), en matière successorale (403), en matière de régimes matrimoniaux (404), en matière des effets patrimoniaux des partenariats enregistrés (405) allègent les conditions de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères **(§ I)**.

Par ailleurs, en matière de titres exécutoires européens (406), de procédures d'injonction de payer (407), de règlements de petits litiges (408) et de saisies conservatoires (409), les règlements conduisent à une suppression ou quasi-suppression des conditions de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères **(§ II)**.

§ I Les règlements qui allègent les conditions de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères

A/ Les règlements Bruxelles I et Bruxelles I *bis* : droit commun

1320 Le règlement Bruxelles I est applicable à toute décision rendue par le juge d'un État membre, dans le cadre d'un litige (interne ou international) à la suite d'une action intentée après le 12 décembre 2012 ; il a été remanié par le règlement Bruxelles I *bis*, lequel s'applique aux jugements rendus à la suite d'actions introduites après le 10 janvier 2015 dans tous les États membres sauf le Danemark.

On signalera que le règlement Bruxelles I *bis* ne concerne plus les actions relatives aux obligations alimentaires depuis le 18 juin 2011, date d'entrée en vigueur du règlement n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 qui leur est propre.

1321 Le règlement prévoit, ainsi qu'il a été étudié dans le chapitre précédent, les règles de compétence des juridictions dans l'Union européenne et, dès lors que la décision a été prise conformément à ces règles de compétence, elle doit pouvoir circuler librement. L'idée du règlement est donc de faciliter cette circulation des décisions par une simplification de leur reconnaissance et de leur exécution au sein de l'Union européenne en fixant des conditions réduites au minimum **(I)** et en mettant en place une procédure de contrôle sommaire **(II)**.

I/ Les conditions de la régularité

1322 Dans l'Union, les États membres se font mutuellement confiance pour l'application des règles de compétence, et le règlement Bruxelles I *bis* ne prévoit ni le contrôle de la compétence du juge (sauf exception par exemple en matière de litiges de consommation) qui a pris

(401) Règl. n° 2201/2003, 27 nov. 2003, dit « Bruxelles II *bis* ».
(402) Règl. n° 4/2009, 18 déc. 2008.
(403) Règl. n° 650/2012, 4 juill. 2012.
(404) Règl. n° 2016/1103, 24 juin 2016.
(405) Règl. n° 2016/1104, 24 juin 2016.
(406) Règl. n° 805/2004, 21 avr. 2004.
(407) Règl. n° 1896/2006, 12 déc. 2006.
(408) Règl. n° 861/2007, 11 juill. 2007.
(409) Règl. n° 655-2014, 15 mai 2014.

la décision, ni le contrôle de la décision au fond (410). Les décisions circulent donc librement. Le règlement pose la reconnaissance de plein droit des décisions (411) et envisage les cas où il y aura non-reconnaissance (412), à savoir :

- si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre requis ;
- dans le cas où la décision a été rendue par défaut, si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été notifié ou signifié au défendeur ;
- si la décision est inconciliable avec une décision ayant déjà autorité de chose jugée dans l'État requis.

Pour que cette décision soit régulière et donc que sa reconnaissance ne soit pas refusée, elle doit respecter, d'une part, les règles de compétence exclusive posées par le règlement (413) et, d'autre part, les règles en matière de protection de parties faibles (414). Ces articles ont été étudiés plus amplement dans le chapitre précédent.

1323 La décision étrangère doit avoir respecté la procédure. En cas d'irrégularité pour non-respect de la notification ou de la signification de l'acte introductif d'instance, soit le défendeur n'a pas contesté et l'irrégularité a été couverte, soit il l'a contesté mais sa contestation n'a pas été entendue et cela implique un non-respect des droits de la défense. Or, le non-respect des droits de la défense est une contrariété à l'ordre public et on reviendrait donc au premier point de l'article 45 susvisé.

Précision est ici apportée que cette irrégularité ou les modalités d'une éventuelle régularisation doivent être appréciées au regard de la loi du pays du juge ayant pris la décision (415).

La cour est venue préciser que devait également être sanctionnée par le recours à l'ordre public, sur le fondement de l'article 45, la **violation manifeste** des exigences du droit au procès équitable reconnue par l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (416). La cour veille à ce que l'utilisation de l'ordre public par les juridictions nationales ne contrarie pas les objectifs du droit communautaire.

1324 S'agissant du caractère inconciliable de la décision avec une décision ayant autorité de chose jugée, cela implique que les parties au litige pour lequel une décision ayant autorité de chose jugée aurait déjà été prononcée, ne pourront saisir les tribunaux pour le même litige, et de la même manière une autre décision concernant ce même litige ne peut être reconnue (417).

1325 Pour ce qui est de la contrariété à l'ordre public, il est clair qu'une décision étrangère ne pourra pas être reconnue si elle est contraire aux principes essentiels de l'ordre juridique français. Par ailleurs, la Cour de justice a précisé que pour opposer un refus fondé sur la contrariété à l'ordre public, il faut que celle-ci soit manifeste (418).

1326 Il peut être remarqué que l'article 45 du règlement Bruxelles I *bis* ne vise pas le cas de décision obtenue par la fraude à la loi. On peut penser qu'une telle situation sera absorbée par la contrariété à l'ordre public.

(410) Règl. Bruxelles I *bis*, art. 52
(411) Règl. Bruxelles I *bis*, art. 36, § 1.
(412) Règl. Bruxelles I *bis*, art. 45.
(413) Règl. Bruxelles I *bis*, art. 24.
(414) Règl. Bruxelles I *bis*, art. 10 à 23, assuré en matière d'assurance, consommateur ou travailleur.
(415) Cass. 1re civ., 3 juill. 1990 : *Rev. crit. DIP* 1991, 161, note Droz.
(416) CJCE, 28 mars 2000, aff. C-7/98, *Krombach : JCP* G 10 oct. 2001, no 41, II, 1060711, note Nourissat.
(417) CJCE, 6 juin 2002 : *Rev. crit. DIP* 2002, 704, 3e esp., note H. Muir Watt.
(418) CJCE, 11 mai 2000, *Maxicar : Rev. crit. DIP* 2000, 497, note Gaudemet-Tallon. – CJCE, 16 juill. 2005, aff. C-681/13, *Diageo Brands* c/ *Simiramida*.

1327 Enfin, pour que la décision ait un caractère exécutoire dans l'État requis, elle doit d'abord être déclarée exécutoire dans l'État d'origine (419).

Aux fins de l'exécution, le demandeur devra alors communiquer à l'autorité compétente chargée de l'exécution une copie de la décision réunissant les conditions nécessaires pour en établir l'authenticité ainsi que le certificat (annexe I), délivré conformément à l'article 54, attestant que la décision est exécutoire (420).

En France, l'autorité compétente est le greffier du tribunal de grande instance. Pour les autres pays, il convient de se référer à l'autorité indiquée à l'annexe II, puis de rechercher sur le site de l'Atlas judiciaire européen (421) l'autorité territorialement compétente.

II/ La procédure de contrôle de l'efficacité des jugements européens

1328 Les décisions émanant d'États membres sont reconnues de plein droit **(a)** et ne sont plus soumises à *exequatur* **(b)**.

a) La reconnaissance de la décision européenne

1329 En matière civile et commerciale, les décisions d'un autre État membre sont reconnues **de plein droit** dans un autre État conformément à l'article 36, § I du règlement Bruxelles I *bis*. Cela signifie que la décision est reconnue en France sans qu'il soit nécessaire de recourir à un juge français, la France acceptant l'effet normatif de celle-ci. Par exemple, une décision de divorce prononcée dans un autre pays européen sera reconnue en France et permettra aux personnes concernées de se remarier immédiatement.

Mais cela n'empêche pas une partie, qui y aurait un intérêt, de saisir le juge français afin que cette décision ne puisse pas produire ses effets.

Dans le cadre d'une action en contestation de la régularité, la partie qui défend la régularité pourra faire constater qu'elle doit être reconnue en utilisant la procédure de l'exécution.

1330 L'efficacité d'une décision va résulter, d'une part, de l'autorité de la chose jugée qui lui est attachée et, d'autre part, de sa force exécutoire. La première empêchera que la question déjà jugée ne soit soumise à nouveau à un juge et la seconde permet de faire exécuter la décision. Il n'y a pas de reconnaissance de plein droit de l'autorité de la chose jugée, pour cela les parties devront s'adresser à un juge français. Et le jugement ne sera pas systématiquement exécutoire de plein droit ; dans l'exemple ci-dessus des personnes divorcées, la demande d'exécution de la prestation compensatoire passe par le juge. Toutefois, il y a lieu de préciser que dans le règlement Bruxelles I *bis*, les décisions ont autorité de chose jugée et sont exécutoires.

b) L'exécution de la décision européenne

1331 Ainsi qu'il vient d'être dit, le règlement Bruxelles I *bis* prévoit qu'une « décision rendue dans un État membre et qui est exécutoire dans cet État membre jouit de la force exécutoire dans les autres États membres sans qu'une déclaration constatant la force exécutoire soit nécessaire » (422). Il n'y a plus *d'exequatur* (423).

(419) Règl. Bruxelles I *bis*, art. 39 : « Une décision rendue dans un État membre et qui est exécutoire dans cet État membre jouit de la force exécutoire dans les autres États membres sans qu'une déclaration constatant la force exécutoire soit nécessaire ».
(420) Règl. Bruxelles I *bis*, art. 42.
(421) http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/index_fr.htm.
(422) Règl. Bruxelles I *bis*, art. 39.
(423) Définition du dictionnaire Larousse : « Procédure rendant exécutoire sur le territoire français une décision judiciaire rendue à l'étranger ou une sentence arbitrale ».

La décision européenne sera immédiatement efficace, comme si elle émanait des autorités du pays. Si l'une des parties ne souhaite pas qu'elle produise effet ou qu'elle soit exécutée, elle doit saisir le juge français d'une demande en refus de reconnaissance ou d'exécution pour l'une des causes étudiées ci-avant.

B/ Les autres règlements

1332 De nombreux règlements organisent la reconnaissance et l'exécution des décisions émanant d'États membres : le règlement en matière matrimoniale et autorité parentale (Bruxelles II *bis*) **(I)**, le règlement en matière d'obligations alimentaires **(II)**, le règlement en matière de successions **(III)**, le règlement en matière de régimes matrimoniaux **(IV)**, le règlement en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés **(V)**.

Les règles de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères pour chacun de ces règlements seront rappelées de manière non exhaustive, les trois autres commissions étudiant ceux-ci de manière particulière.

I/ Le règlement « Matière matrimoniale et autorité parentale » ou Bruxelles II *bis*

1333 Le règlement nº 2201/2003 du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) nº 1347/2000 dit « Bruxelles II *bis* » prévoit que les décisions rendues dans un État membre sont reconnues dans les autres États membres, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure (424).

Les seuls cas où la reconnaissance pourra être refusée sont ceux visés aux articles 22 et 23 : la contrariété à l'ordre public, un acte introductif d'instance (ou un acte équivalent) non signifié ou notifié au défendeur en temps utile qui n'aurait pas pu se défendre ; une décision ayant autorité de chose jugée avec laquelle elle serait inconciliable.

1334 En matière de responsabilité parentale, les décisions rendues dans un État membre, qui y sont exécutoires et qui ont été signifiées ou notifiées, sont mises en exécution dans un autre État membre sur simple requête de toute partie intéressée (sauf pour le Royaume-Uni) (425). Une solution particulière est prévue aux articles 41 et 42 pour les décisions relatives au droit de visite ainsi que celles relatives au retour immédiat d'un enfant illicitement déplacé, lesquelles sont exécutoires de plein droit.

II/ Le règlement « Obligations alimentaires »

1335 Avant son entrée en vigueur, la compétence et la loi applicable aux obligataires alimentaires étaient fixées par la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires et par le règlement Bruxelles I. La convention n'a pas été ratifiée par tous les pays et le règlement n'était valable que pour les États de l'Union européenne. Une réforme s'avérait nécessaire pour sécuriser et unifier les procédures. Le règlement nº 4/2009 du 18 décembre 2008, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, entré en vigueur le 18 juin 2011, remplace par conséquent le règlement Bruxelles I. Le 1er août 2014, la convention est entrée en vigueur dans l'Union européenne à l'égard d'États tiers parties à cette convention.

(424) Règl. nº 2201/2003, art. 21, § 1.
(425) Règl. nº 2201/2003, art. 28. – CJUE, 9 sept. 2015, aff. C-4/14, *Bohez*.

Ce règlement s'applique à toutes les obligations alimentaires « découlant des relations de famille, de parenté, de mariage, d'alliance qui existent dans les États membres ».

1336 Depuis le 18 juin 2011, **la procédure d'*exequatur* est totalement supprimée** lorsque la décision a été rendue dans un État membre lié par le Protocole de La Haye de 2007, c'est-à-dire tous les pays de l'Union européenne, sauf le Danemark et le Royaume-Uni. La décision est reconnue dans un autre État membre sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure et sans qu'il soit possible de s'opposer à sa reconnaissance (426).

Lorsque la décision a été rendue dans un État membre non lié par ledit protocole, la décision sera également reconnue dans un autre État membre sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure (427). Cependant, sa reconnaissance pourra être contestée. Les motifs de refus de reconnaissance sont prévus à l'article 24 du règlement : contrariété à l'ordre public, non-respect des droits de la défense, caractère inconciliable avec une décision déjà rendue et exécutoire ou exécutable dans un des États membres.

La décision ne pourra faire l'objet d'une décision de révision au fond dans le pays où la reconnaissance ou l'exécution est demandée.

1337 Le règlement prévoit que les décisions, rendues dans un État membre lié par le Protocole de La Haye de 2007, et qui sont exécutoires dans cet État, jouissent de la force exécutoire dans un autre État membre sans qu'une déclaration constatant la force exécutoire soit nécessaire (428). Quant à une décision rendue dans un État membre, non lié par le Protocole de La Haye de 2007, et qui y est exécutoire, elle est mise à exécution dans un autre État membre après y avoir été déclarée exécutoire sur demande de toute partie intéressée (429). La juridiction à l'origine de la décision pourra toujours déclarer une décision exécutoire par provision.

S'agissant de l'exécution proprement dite de la décision, il revient à l'autorité centrale désignée par l'État (en France, il s'agit du Bureau du recouvrement des créances alimentaires du ministère des Affaires étrangères) d'engager les démarches nécessaires au recouvrement des aliments. Les États membres sont tenus de fournir une aide judiciaire gratuite pour les demandes d'aliments destinées aux enfants introduites par l'intermédiaire des autorités centrales (430). Pour faciliter la mise en œuvre du règlement, le Réseau judiciaire européen (RJE) met à disposition un formulaire type à usage facultatif pour la déclaration d'arriérés de pension alimentaire (document visé à l'article 20, § 1, pt c). Il conviendra d'appliquer les règles de procédure du pays d'exécution.

III/ Le règlement « Successions »

1338 Le règlement 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 est entré en vigueur 5 juillet 2012 et s'applique à toutes les successions à cause de mort ouvertes à partir du 17 août 2015. Ce règlement fixe des nouvelles règles de droit international privé pour le règlement des successions et surtout, ce qui nous préoccupe

(426) Règl. n° 4/2009, art. 17, § 1.
(427) Règl. n° 4/2009, art. 23.
(428) Règl. n° 4/2009, art. 17, § 2.
(429) Règl. n° 4/2009, art. 26.
(430) Règl. n° 4/2009, art. 46.

présentement, de nouvelles règles simplifiant le régime juridique de la reconnaissance et de l'exécution des décisions ou actes rendus ou établis dans le cadre d'une succession. Ce règlement ne concerne que l'aspect civil de la succession. Compte tenu de la fréquente d'utilisation de ce règlement par le notariat, sa présentation sera volontairement plus exhaustive.

1339 Le règlement prévoit que les décisions rendues dans un État membre **sont reconnues** dans les autres États membres, **sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure** (431).

Le terme « **décision** » est défini par le règlement comme toute décision en matière de successions rendue par une juridiction d'un État membre, quelle que soit la dénomination qui lui est donnée, y compris une décision concernant la fixation par le greffier du montant des frais du procès (432).

Le règlement donne un sens large au terme **juridiction**, et les décisions seront celles des juridictions au sens strict qui exercent des fonctions juridictionnelles, mais également celles des notaires ou des services de l'état civil dans certains États membres qui exercent des fonctions juridictionnelles en vertu d'une délégation de pouvoirs accordée par une juridiction, ce qui n'est pas le cas du notaire en France.

Toutes les juridictions au sens du présent règlement devraient être liées par les règles de compétence prévues dans le présent règlement. Inversement, le terme « juridiction » ne devrait pas viser les autorités non judiciaires d'un État membre qui, en vertu du droit national, sont habilitées à régler les successions, telles que les notaires dans la plupart des États membres, lorsque, comme c'est généralement le cas, ils n'exercent pas de fonctions juridictionnelles.

La décision peut faire l'objet d'une demande de reconnaissance (433) ou demande incidente (434). Cette décision pourra être refusée pour contrariété à l'ordre public, pour non-respect des droits de la défense, ou si elle est inconciliable avec une décision ayant autorité de chose jugée (435).

1340 Le règlement pose également le principe de la libre circulation des actes authentiques établis dans le cadre des successions. Ces actes auront la même force probante dans un autre État membre que dans l'État membre d'origine, où ils y produiront au moins les effets les plus comparables, sous réserve qu'ils ne soient pas manifestement contraires à l'ordre public de l'État membre concerné (436).

Lorsque deux actes authentiques incompatibles, dans le cadre de l'application du règlement sont présentés à l'autorité chargée du règlement de la succession, celui-ci ne pourra relever le caractère inconciliable de l'acte à établir avec le premier acte et il devra examiner la question de savoir auquel, le cas échéant, il conviendra de donner la priorité, compte tenu des circonstances de l'espèce (437). Si les circonstances n'ont pas permis de déterminer l'acte prioritaire, la question sera tranchée par les juridictions compétentes. En cas d'incom-

(431) Règl. nº 650/2012, art. 39, § 1.
(432) Règl. nº 650/2012, art. 3, § 1, *g)*.
(433) Règl. nº 650/2012, art. 39, § 2.
(434) Règl. nº 650/2012, art. 39, § 3.
(435) Règl. nº 650/2012, art. 40.
(436) Règl. nº 650/2012, art. 59.
(437) Règl. nº 650/2012, consid. 66.

patibilité entre un acte authentique et une décision, il conviendra de revenir aux motifs de non-reconnaissance des décisions prévus par le règlement (438).

1341 Afin de faciliter cette libre circulation et de permettre aux héritiers, légataires, exécuteurs testamentaires ou administrateurs de la succession d'être à même de prouver facilement leur statut et/ou leurs droits et pouvoirs dans un autre État membre (à l'exception de trois pays : le Royaume-Uni, l'Irlande et le Danemark), le règlement crée le certificat successoral européen (CSE). En France, le demandeur doit s'adresser à un notaire qui lui remet, contre émargement ou récépissé, une copie certifiée conforme du certificat successoral européen, le notaire conservant l'original (439). Cette copie sera valable six mois. Le règlement interdit de demander des pièces justificatives à ce notaire, le certificat successoral européen se suffit à lui-même.

Aucune légalisation ni autre formalité analogue ne pourra être exigée pour les documents délivrés dans le cadre du règlement (440). Pour faciliter l'acceptation des actes authentiques au sein de l'Union européenne, toute personne intéressée peut demander au notaire de compléter le formulaire II (441) pour expliquer la force probante de l'acte en France.

1342 Les décisions, actes authentiques, transactions judiciaires émanant d'un État membre où elles sont exécutoires, sont exécutées dans les autres États membres conformément aux articles 46 à 58 (442). Les conditions de régularité de la décision étrangère ne seront vérifiées que s'il y a un recours contre la décision statuant sur le caractère exécutoire.

S'agissant de la procédure, la personne doit tout d'abord solliciter la juridiction ou l'autorité compétente de l'État membre d'origine pour qu'elle délivre un formulaire attestant du caractère exécutoire du titre et reprenant les informations nécessaires à son exécution (formulaires I, II ou III annexés) :

- **lorsque l'attestation doit être établie en France pour être exécutée dans un autre État membre :**
  - lorsque la demande concerne un titre exécutoire français, l'autorité compétente pour délivrer l'attestation est le greffier en chef de la juridiction qui a rendu la décision ou homologué la transaction (443),
  - lorsque la demande concerne un acte authentique, l'autorité compétente pour délivrer l'attestation est le notaire ou la personne morale titulaire de l'office notarial conservant la minute de l'acte reçu (444).

  Puis la requête est présentée en double exemplaire et porte l'indication précise des pièces invoquées (445), la représentation par avocat n'est pas exigée.
- **Lorsque l'attestation concerne l'exécution en France :**
  - la personne doit demander à l'État français une déclaration constatant le caractère exécutoire de leur décision, actes ou transactions judiciaires. Cette demande doit contenir la copie de la décision réunissant les conditions nécessaires pour en établir l'authenticité ainsi que l'attestation précitée,

(438) Règl. n° 650/2012, consid. 67.
(439) Règl. n° 650/2012, art. 70.
(440) Règl. n° 650/2012, art. 74.
(441) Règl. n° 650/2012, ann. 2.
(442) Règl. n° 650/2012, art. 43.
(443) CPC, art. 509-1, al. 1.
(444) CPC, art. 509-3, al. 3.
(445) CPC, art. 509-4.

- Lorsque la requête concerne des décisions et transactions judiciaires, elle doit être portée devant le greffier en chef du tribunal de grande instance (446),
- lorsque la requête concerne des actes authentiques, la requête est portée devant le président de la chambre des notaires ou, en cas d'absence ou d'empêchement, à son suppléant désigné parmi les membres de la chambre (447).

Cette procédure fait l'objet du tableau récapitulatif ci-après :

Tableau relatif à la reconnaissance et à la force exécutoire

	Articles du règlement	Nature de la décision	Autorité compétente	Articles du Code de procédure civile
Décisions judiciaires	Articles 45 à 58	Attestation en vue de la reconnaissance et de l'exécution (export)	Greffier en chef de la juridiction qui a rendue la décision	Article 509-1
Décisions judiciaires	Articles 45 à 58	Déclaration constatant la force exécutoire (import)	Greffier en chef du tribunal de grande instance	Article 509-2
Transactions judiciaires	Articles 45 à 58 et 61	Attestation en vue de la reconnaissance et de l'exécution (export)	Greffier en chef de la juridiction qui a rendu la décision	Article 509-1
Transactions judiciaires	Articles 45 à 58 et 61	Déclaration constatant la force exécutoire (import)	Greffier en chef du tribunal de grande instance	Article 509-2
Actes authentiques	Article 59	Attestation en vue de l'acceptation et de l'exécution (export)	Notaire ou personne morale titulaire de l'office qui conserve la minute	Article 509-3
Actes authentiques	Article 60	Déclaration constatant la force exécutoire (import)	Président de la chambre des notaires	Article 509-3

Le règlement prévoit que la compétence territoriale de l'autorité à même de connaître de ces requêtes est déterminée par le domicile de la partie contre laquelle l'exécution est demandée ou par le lieu de l'exécution.

IV/ Le règlement « Régimes matrimoniaux »

Le règlement n° 2016/1103 du 24 juin 2016 prévoit, comme ceux précédemment étudiés, **1343** que les décisions relatives au divorce, à la séparation de corps ou à l'annulation du mariage rendues dans un État membre sont reconnues dans les autres États membres, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure (448).

(446) CPC, art. 509-2, al. 1.
(447) CPC, art. 509-3, al. 1.
(448) Règl. n° 2016/1103, art. 36, § 1.

Le règlement vise dans son article 3.1, *d* toute décision en matière de régime matrimonial rendue par une juridiction d'un État membre, quelle que soit la dénomination qui lui est donnée, y compris une décision rendue par le greffier, relative à la fixation du montant des frais du procès et précise ce qu'il faut entendre par « juridiction ». Conformément à l'article 3.2, il s'agira donc des décisions rendues par toute autorité judiciaire, ainsi que celles rendues par toute autre autorité et tout professionnel du droit compétents en matière de régimes matrimoniaux qui exercent **des fonctions juridictionnelles** ou agissent en vertu d'une **délégation de pouvoirs d'une autorité judiciaire ou sous le contrôle de celle-ci**, pour autant que ces autres autorités et professionnels du droit offrent des garanties en ce qui concerne leur impartialité et le droit de toutes les parties à être entendues. Les décisions prises doivent de surcroît pouvoir faire l'objet d'un recours devant une autorité judiciaire ou d'un contrôle par une telle autorité et avoir une force et un effet équivalents à une décision rendue par une autorité judiciaire dans la même matière.

La liste des autres autorités et professionnels du droit visés par l'article 3, susceptibles donc de rendre de telles décisions, doit être communiquée à la Commission européenne conformément à l'article 64 du règlement.

1344 Qu'en est-il des actes établis par le notaire désigné par le juge dans le cadre de la liquidation d'un régime matrimonial (449) ou dans le cadre d'un partage (450) ? Dans le premier cas, agissant en qualité d'expert, le notaire établit **un rapport sous seing privé** qui renseignera le juge sur les disparités en capital et en revenus des époux. Il serait difficilement entendable que cet acte puisse circuler de la même manière qu'une décision. Dans le second cas, si l'on admet que l'acte reçu par le notaire est qualifié de décision, cet acte devra respecter toutes les règles en matière procédurale, et le notaire doit garantir non seulement son impartialité, mais aussi le droit de toutes les parties à être entendues (451).

Mais l'article 3, § 2 du règlement exige également, pour que les autorités et professionnels du droit puissent être qualifiés de juridiction, que leurs décisions aient « une force et un effet équivalents à ceux d'une décision prononcée par une autorité judiciaire dans la même matière », ce qui n'est pas le cas pour les actes notariés français. Leurs actes ne pourront circuler que par le prisme de l'acceptation et non par celui de la reconnaissance (452).

1345 Les seuls cas où la reconnaissance pourra être refusée sont ceux visés à l'article 37 du règlement : la contrariété à l'ordre public, un acte introductif d'instance (ou un acte équivalent) non signifié ou notifié au défendeur en temps utile qui n'aurait pas pu se défendre ; une décision ayant autorité de chose jugée avec laquelle elle serait inconciliable.

1346 Pareillement, les décisions rendues dans un État membre et qui y sont exécutoires sont exécutées dans les autres États membres conformément aux articles 38 à 56 et 58 du règlement. Une procédure simplifiée et non contradictoire sera suffisante.

Les conditions de régularité de la décision étrangère ne seront vérifiées que s'il y a un recours contre la décision statuant sur le caractère exécutoire.

(449) C. civ., art. 255, al. 10.
(450) CPC, art. 1361.
(451) Règl. n° 2016/1103, art. 3, § 2. – CEDH, 28 nov. 2000, req. n° 36350/97, *Siegel* c/ *France*. – CEDH, 3 oct. 2003, req. n° 35589/97, *Kanoun* c/ *France*.
(452) E. Gallant et M. Farge, *De l'intérêt pour le notariat de s'intéresser aux règles de compétence juridictionnelle internationale : JCP* G 20 avr. 2018, n° 20.

V/ Le règlement « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés »

1347 Le règlement nº 2016/1104 du 24 juin 2016 prévoit, de manière identique au règlement « Régimes matrimoniaux » du même jour, que les décisions relatives aux effets des partenariats enregistrés rendues dans un État membre sont reconnues dans les autres États membres, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure (453).

Les seuls cas où la reconnaissance pourra être refusée sont ceux visés à l'article 37 du règlement : la contrariété à l'ordre public, un acte introductif d'instance (ou un acte équivalent) non signifié ou notifié au défendeur en temps utile qui n'aurait pas pu se défendre ; une décision ayant autorité de chose jugée avec laquelle elle serait inconciliable.

1348 Les décisions rendues dans un État membre et qui sont exécutoires dans cet État sont exécutoires dans un autre État membre lorsque, à la demande de toute partie intéressée, elles y ont été déclarées exécutoires conformément à la procédure prévue aux articles 44 à 57 du règlement (454).

Les conditions de régularité de la décision étrangère ne seront vérifiées que s'il y a un recours contre la décision statuant sur le caractère exécutoire.

§ II Les règlements qui suppriment la phase intermédiaire

1349 Les **règlements nº 805/2004** créant un titre exécutoire européen **(C)**, **nº 1896/2006** instituant une procédure européenne d'injonction de payer **(B)**, **nº 861/2007** instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges **(A)** et **nº 655-2014** instituant une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires **(D)** diffèrent des règlements précédemment étudiés. Ces règlements vont au-delà du texte de l'article 65 du Traité CE, qui permet à la Commission européenne d'édicter notamment des règles pour améliorer et simplifier la reconnaissance de décisions émanant d'autres États membres. Les décisions prises au vu de ces règlements **sont pleinement efficaces** dans les autres États membres, lesquels États n'ont **aucun pouvoir de non-reconnaissance**.

Ces décisions sont assimilées à une décision du *for*. La Communauté européenne a donc créé deux actes qui transcendent les ordres juridictionnels des États membres qui sont une émanation de leur souveraineté. Ces deux règlements s'appliquent comme le règlement Bruxelles I *bis* en matière civile et commerciale.

A/ Le règlement « Petits litiges »

1350 Le règlement nº 861/2007 du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges est entré en vigueur le 1er janvier 2009 et a été refondu par le règlement nº 2015/2421 du 16 décembre 2015. Ce règlement est applicable en matière civile et commerciale dans les litiges transfrontaliers, quelle que soit la nature de la juridiction, lorsque le montant d'une demande ne dépasse pas 5 000 € au moment de la réception du formulaire de demande par la juridiction compétente, hors intérêts, frais et débours (455). Le montant était initialement de 2 000 € et le plafond a été augmenté par le règlement de 2015. La décision rendue par un État membre dans le cadre de ce règlement est reconnue et exécutée dans les autres États membres (sauf le Danemark), sans qu'il soit nécessaire de rendre une déclaration constatant sa force exécutoire.

(453) Règl. nº 2016/1104, art. 36, § 1.
(454) Règl. nº 2016/1104, art. 42.
(455) Règl. nº 861/2007, art. 2.

1351 Le demandeur doit introduire la procédure, ainsi qu'il est prévu par l'article 4, § 1 en remplissant un formulaire type A (annexe I) contenant tous les renseignements nécessaires. Ce formulaire est accessible gratuitement sur le site du portail e-justice – onglet « Formulaire dynamique ». Ce formulaire doit être adressé à la juridiction compétente par voie postale ou par tout autre moyen de communication, comme la télécopie ou le courrier électronique, admis par l'État membre devant lequel les poursuites sont engagées. Les moyens de communication acceptés par chaque État membre sont indiqués sur le même portail.

La juridiction peut estimer que la réponse n'est pas claire et demander que le formulaire soit complété et/ou corrigé au moyen du formulaire B (annexe II).

Avant de répondre, la juridiction peut souhaiter tenir une audience.

La juridiction peut soit rejeter, soit accepter la demande. Lorsqu'elle rejette la demande, elle délivre le formulaire C (annexe III) et motive sa décision de refus. Le demandeur peut contester cette décision. Lorsque la juridiction accepte, elle délivre le formulaire C en faisant droit à la demande.

Cette décision est signifiée ou notifiée (456) au défendeur, qui dispose d'un droit de contester la décision dans un délai de trente jours à compter de la date de signification ou notification. Il doit compléter la partie II du formulaire C accompagné le cas échéant de toutes pièces justificatives utiles. Une nouvelle procédure au fond et contradictoire démarre devant la juridiction ayant délivré le formulaire C (annexe IV).

1352 Lorsque le défendeur n'a pas contesté, la décision devient exécutoire conformément à l'article 15 du règlement. Pour l'exécuter dans tous les États membres, le demandeur doit obtenir le certificat relatif à la décision rendue au moyen du formulaire D (457). L'article 20 du règlement prévoit qu'une « décision rendue dans un État membre dans le cadre de la procédure européenne de règlement des petits litiges est reconnue et exécutée dans un autre État membre sans qu'une déclaration constatant sa force exécutoire soit nécessaire et sans qu'il soit possible de s'opposer à sa reconnaissance ». Ainsi, conformément aux règles françaises, il conviendra de contacter un huissier de justice avec la décision et le formulaire D (art. 21).

B/ Le règlement « Injonction de payer »

1353 Le règlement nº 1896/2006 du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer est entré en vigueur le 12 décembre 2008, et a été refondu par le règlement nº 2015/2421 du 16 décembre 2015 sus-cité. Le règlement de 2006 a été modifié par le règlement nº 2017/1260 du 19 juin 2017 entré lui-même en vigueur le 14 juillet 2017.

Ce règlement est applicable en matière civile et commerciale dans les litiges transfrontaliers, quelle que soit la nature de la juridiction. Pour les demandes ne dépassant pas 5 000 € au moment de la réception du formulaire de demande par la juridiction compétente, hors intérêts, frais et débours, la personne pourra recourir soit à la procédure européenne de règlements des petits litiges, soit à la procédure d'injonction de payer. Au-delà de cette somme, la procédure de l'injonction de payer devra être respectée.

La décision rendue par un État membre dans le cadre de ce règlement est reconnue et exécutée dans les autres États membres (sauf le Danemark), sans qu'il soit nécessaire de rendre une déclaration constatant sa force exécutoire.

(456) Règl. nº 861/2007, art. 13.
(457) Règl. nº 861/2007, art. 20, § 2.

1354 Le demandeur doit introduire la procédure, ainsi qu'il est prévu par l'article 7, § 1 du règlement, en remplissant un formulaire type A (annexe I) contenant tous les renseignements nécessaires. Ce formulaire doit être adressé à la juridiction compétente par voie postale ou par tout autre moyen de communication, comme la télécopie ou le courrier électronique, admis par l'État membre devant lequel les poursuites sont engagées. Les moyens de communication acceptés par chaque État membre sont indiqués sur le même portail.

La juridiction examine la demande (458) et peut demander que le formulaire soit complété et/ou corrigé au moyen du formulaire B (annexe II). La juridiction peut accepter de donner suite à la totalité de la demande. La juridiction peut n'accepter qu'une partie de la demande et en informer le demandeur par le formulaire C (annexe III) ; le demandeur pourra accepter ou refuser la proposition en retournant le formulaire type C envoyé par le tribunal dans un délai fixé par celui-ci conformément à l'article 9, § 2 (459). Si le demandeur accepte la proposition du tribunal, ce dernier émettra une injonction de payer européenne pour la partie acceptée de la créance (le surplus de la créance est soumis au droit national). Si le demandeur n'envoie pas sa réponse dans le délai imparti par le tribunal ou rejette sa proposition, le tribunal rejette la demande d'injonction de payer européenne dans son intégralité. La juridiction peut aussi rejeter la demande (460). Elle délivre le formulaire D (annexe IV) et motive sa décision de refus. Le demandeur ne pourra pas contester cette décision.

1355 La juridiction qui a accepté la demande délivre le certificat relatif à la décision rendue au moyen du formulaire E (461). L'article 20 du règlement prévoit qu'une « décision rendue dans un État membre dans le cadre de la procédure européenne de règlement des petits litiges est reconnue et exécutée dans un autre État membre sans qu'une déclaration constatant sa force exécutoire soit nécessaire et sans qu'il soit possible de s'opposer à sa reconnaissance ». L'injonction de payer européenne pourra être signifiée conformément à la loi nationale de l'État dans lequel la signification doit être effectuée (462), à savoir en France par l'huissier de justice.

Deux cas peuvent se présenter alors : soit le défendeur accepte, soit le défendeur forme opposition au moyen du formulaire type F (annexe VI) fourni avec l'injonction de payer européenne dans les trente jours (463), et la procédure se poursuit alors devant les juridictions de l'État membre d'origine.

La juridiction déclare en cas d'acceptation et aussi en l'absence d'opposition l'injonction de payer européenne exécutoire à l'aide du formulaire type G (annexe VII). Le règlement prévoit qu'une injonction de payer européenne devenue exécutoire dans l'État membre d'origine est reconnue et exécutée dans les autres États membres sans qu'une déclaration constatant la force exécutoire soit nécessaire et sans possibilité de s'opposer à sa reconnaissance (464). La révision de l'injonction de payer est prévue dans des cas exceptionnels par le règlement (465).

(458) Règl. n° 2017/1260, art. 8.
(459) Règl. n° 2017/1260, art. 10.
(460) Règl. n° 2017/1260, art. 11.
(461) Règl. n° 2017/1260, art. 12.
(462) Règl. n° 2017/1260, art. 13.
(463) Règl. n° 2017/1260, art. 16.
(464) Règl. n° 2017/1260, art. 19.
(465) Règl. n° 2017/1260, art. 20.

C/ Le règlement « Titre exécutoire européen » (TEE)

1356 Le règlement n° 805/2004 du 21 avril 2004 a créé un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, qui permet de faire appliquer les décisions, les transactions judiciaires et les actes authentiques dans tous les États membres, sans procédure d'*exequatur* dans l'État membre d'exécution. Ce règlement est entré en vigueur le 21 octobre 2005 et concerne les décisions qui ont été rendues, les transactions judiciaires approuvées ou conclues et les actes authentiques dressés, en matière civile ou commerciale, et pour des créances incontestées dans tous les États membres (à l'exception du Danemark), après le 21 janvier 2005 et, pour la Bulgarie et la Roumanie, après le 1er janvier 2007.

Une créance est considérée comme incontestée conformément à l'article 3, § 1 du règlement :
- si 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 ;
- si le débiteur ne s'y est jamais opposé, conformément aux règles de procédure de l'État membre d'origine, au cours de la procédure judiciaire ;
- si le débiteur n'a pas comparu ou ne s'est pas fait représenter lors d'une audience relative à cette créance après l'avoir initialement contestée au cours de la procédure judiciaire, pour autant que sa conduite soit assimilable à une reconnaissance tacite de la créance ou des faits invoqués par le créancier en vertu du droit de l'État membre d'origine ;
- si le débiteur l'a expressément reconnue dans un acte authentique.

Le règlement s'appliquera aussi aux décisions rendues à la suite de recours formés contre des décisions, des transactions judiciaires ou des actes authentiques certifiés comme étant des titres exécutoires européens.

Le créancier aura toujours le choix entre le titre exécutoire européen et la déclaration constatant la force exécutoire dans l'État membre où l'exécution est demandée et la procédure d'*exequatur* prévue dans le règlement Bruxelles ci-dessus étudié.

La procédure de certification d'un titre exécutoire européen sera plus rapide et moins coûteuse, pour autant que les conditions de son application soient remplies.

1357 Le règlement prévoit que lorsqu'une décision a été certifiée en tant que titre exécutoire européen dans l'État membre d'origine, elle sera reconnue et exécutée dans les autres États membres, sans qu'une déclaration constatant la force exécutoire soit nécessaire et sans qu'il soit possible de contester sa reconnaissance (466).

Pour obtenir cette certification, l'intéressé doit introduire une demande auprès de la juridiction ayant rendu la décision d'origine, ou de l'autorité ayant établi l'acte authentique. La procédure sera différente selon que la demande concerne une décision judiciaire (formulaire annexe I), une transaction judiciaire (formulaire annexe II) ou un acte authentique (formulaire annexe III).

Une décision sera certifiée en tant que titre exécutoire européen si les conditions prévues par l'article 6 du règlement sont remplies :
- si la décision est exécutoire dans l'État membre d'origine ;
- s'il s'agit d'une « créance incontestée » et si la décision a été rendue dans l'État membre où le débiteur a son domicile ;
- s'il s'agit d'une créance incontestée et si elle se rapporte à un contrat conclu par une personne ;

(466) Règl. n° 805/2004, art. 5.

– si le consommateur a un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle et si le débiteur est le consommateur.

1358 Pour exécuter la créance, l'intéressé devra fournir aux autorités chargées de l'exécution dans l'État membre d'exécution une expédition de la décision ainsi qu'une expédition du certificat de titre exécutoire européen (467).

Le débiteur peut demander un refus d'exécution si la décision certifiée est incompatible avec une décision rendue antérieurement dans tout État membre ou dans un pays tiers, lorsque – ou si – la décision ou sa certification en tant que titre exécutoire européen ne peut en aucun cas faire l'objet d'un réexamen au fond dans l'État membre d'exécution (468).

Le certificat de titre exécutoire européen ne produira ses effets que dans les limites de la force exécutoire de la décision (469).

D/ Le règlement « Saisie conservatoire des avoirs bancaires »

1359 Le règlement n° 655/2014 du 15 mai 2014 créant une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale, est entré en vigueur dans les États membres de l'Union européenne, à l'exception du Royaume-Uni et du Danemark, le 18 janvier 2017. L'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires (OESC) permet à une juridiction d'un État membre de geler des fonds sur le compte bancaire d'un débiteur dans un autre État membre. Cette procédure concerne uniquement le cas ou le créancier n'est pas domicilié dans le même État membre où se trouve le compte du débiteur (litiges transfrontières uniquement).

1360 Le créancier doit introduire une demande au moyen d'un formulaire type. Cette demande peut être adressée avant l'obtention d'une décision, d'une transaction ou d'un acte authentique ou après son obtention (470). La juridiction ne délivre l'ordonnance de saisie conservatoire qu'à la condition que le créancier apporte la preuve de l'urgence, à savoir qu'il existe un risque réel qu'à défaut d'une telle mesure le recouvrement ultérieur de sa créance sera empêché ou rendu sensiblement plus difficile, et si la décision n'est pas obtenue la preuve qu'il sera probablement fait droit à sa demande au fond contre le débiteur (471).

L'ordonnance de saisie conservatoire délivrée sera reconnue dans les autres États membres sans qu'une procédure spéciale soit requise et est exécutoire dans les autres États membres sans qu'une déclaration constatant sa force exécutoire soit nécessaire (472).

L'ordonnance sera ensuite adressée à la banque du débiteur qui, à réception, bloquera les fonds sans tarder, sous peine d'engager sa responsabilité. La banque devra, sauf exception, informer la juridiction et le créancier au moyen d'un formulaire, dans les trois jours. L'ordonnance sera notifiée ou signifiée au débiteur qui dispose de moyens de recours contre l'ordonnance ou son exécution dans les conditions prévues aux articles 33, 34 et 35 du règlement.

(467) Règl. n° 805/2004, art. 20.
(468) Règl. n° 805/2004, art. 21.
(469) Règl. n° 805/2004, art. 11.
(470) Règl. n° 655/2014, art. 6.
(471) Règl. n° 655/2014, art. 7.
(472) Règl. n° 655/2014, art. 22.

Sous-section II La convention de Lugano

1361 La (première) Convention de Lugano relative à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, qui a été abordée dans le chapitre « Compétence internationale des tribunaux français », a été signée le 16 septembre 1988. Cette convention fonctionnait en parallèle de la Convention de Bruxelles de 1968, relative à la même matière. Cette convention a pour objet de déterminer, lorsqu'un procès civil ou commercial présente un caractère transfrontalier, les règles de compétence judiciaire et d'exécution des décisions, et par la même l'État membre dont l'ordre juridictionnel sera compétent.

Cette convention est applicable entre les anciens États membres de l'Union européenne, la Pologne et les États membres de l'AELE (Suisse, Norvège, Islande, à l'exception du Liechtenstein). Elle a été révisée par une nouvelle convention signée le 30 octobre 2007 (« Lugano II ») entrée en vigueur le 1er janvier 2010 dans tous les États membres de l'Union européenne et en Norvège, en Suisse depuis le 1er janvier 2011 et en Islande depuis 1er mai 2011.

Les décisions d'un État membre circulent librement dans tous les autres États membres de l'Union européenne ainsi que dans les États de l'AELE, conformément au règlement Bruxelles I. Leur reconnaissance résulte de la convention de Lugano elle-même.

1362 Conformément à l'article 33 de la convention de Lugano, les décisions rendues dans un État lié par la convention sont reconnues dans les autres États liés par la même convention, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure.

Les seuls cas de non-reconnaissance sont prévus à l'article 34 de la convention : si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État requis, si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été notifié ou signifié au défendeur défaillant en temps utile et de telle manière qu'il puisse se défendre, si la reconnaissance est inconciliable avec une décision rendue entre les mêmes parties.

Sous-section III Les traités bilatéraux signés par la France

1363 La France a conclu un certain nombre de conventions avec différents États pour faciliter l'accueil des décisions étrangères. On n'évoquera pas l'ensemble de ces conventions, qui sont simplement rappelées dans le tableau synthétique ci-après. Chacune des conventions fixe ses propres critères de contrôle de la reconnaissance et de l'exécution des décisions prononcées dans l'autre État partie. Par ailleurs, on attirera l'attention sur le fait que ces conventions peuvent prévoir des conditions procédurales spécifiques. Pour un exemple, il peut être cité un cas de contrôle de la compétence indirecte d'un juge burkinabé dans un arrêt rendu par la Cour de cassation le 15 mai 2018 (473). Par exemple, dans la convention brésilienne, il est repris les cinq critères de l'arrêt *Münzer* (474).

(473) Cass. 1re civ., 15 mai 2018, no 17-17.546, *Sopam*.
(474) Conv. brésilienne, art. 18.

Tableau des conventions signées par la France

Pays	Date de signature	Date de publication par décret
Algérie	27 août 1964	11 août 1965
Argentine	2 juillet 1991	12 novembre 1992
Bénin	27 février 1975	20 décembre 1977
Brésil	28 mai 1996	18 septembre 2000
Burkina-Faso	24 août 1961	23 janvier 1962
Cameroun	21 février 1974	1er décembre 1975
Côte d'Ivoire	24 avril 1961	23 janvier 1962
Djibouti	27 septembre 1986	19 août 1992
Égypte	15 mars 1982	8 juillet 1983
Émirats arabes unis	9 septembre 1991	15 mars 1993
Gabon	23 juillet 1963	25 février 1965
Hongrie	31 juillet 1980	4 février 1982
Laos	16 novembre 1956	4 avril 1960
Madagascar	4 juin 1973	22 juillet 1975
Mali	2 février et 9 mars 1962	17 juin 1964
Maroc	5 octobre 1957	12 janvier 1960
Mauritanie	19 juin 1961	24 juin 1962
Monaco	21 septembre 1949	24 mars 1953
Mongolie	27 février 1992	17 mars 1994
Niger	19 février 1977	21 avril 1980
République centrafricaine	18 janvier 1965	27 avril 1967
République populaire du Congo	1er janvier 1974	3 février 1982
Saint-Marin	25 mai 1967	6 mars 1969
Sénégal	29 mars 1974	17 novembre 1976
Tchad	6 mars 1976	21 avril 1978
Togo	23 mars 1976	18 février 1982
Tunisie	28 juin 1972	11 mars 1974
Uruguay	16 septembre 1991	28 juillet 1999
Vietnam	10 février 1993	15 juin 1993
Yougoslavie	18 mai 1971	6 mars 1972

Section II La jurisprudence

1364 Les règles de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères ont été mises en place par la Cour de cassation dans un arrêt *Parker* rendu le 19 avril 1819 (475). Les juges ont décidé qu'un jugement étranger ne sera déclaré exécutoire en France qu'après que le juge français aura procédé à un examen du jugement, qui se pratiquera même si un Français est en cause. Ainsi, l'exécution implique une reconnaissance préalable. Le juge français ne reconnaîtra pas la décision si elle n'est pas conforme à ce que lui-même aurait jugé. La reconnaissance de la décision est ainsi conditionnée par une identité matérielle. Ce principe de révision laissait les parties dans une incertitude juridique pendant toute la procédure où le juge réétudiait leur cas en fait et en droit, et aboutissait en pratique à une non-reconnaissance. Après une longue évolution, l'arrêt *Münzer* (476) est venu supprimer ce pouvoir de révision et le transformer en pouvoir de contrôle sur des points précis. Depuis, la liste de ces points de contrôle a elle-même évolué pour en dernier lieu dépendre de l'arrêt *Cornelissen* (477).

Dès lors, pour qu'un jugement étranger puisse produire ses effets en France, il doit être régulier **(Sous-section I)**. Cette condition fait l'objet d'un contrôle par le juge : la procédure d'*exequatur* **(Sous-section II)**.

Sous-section I Les conditions de la reconnaissance : la régularité

1365 L'arrêt *Münzer* fixe les cinq conditions pour que la décision étrangère soit régulière :
- le jugement doit avoir été pris par un tribunal compétent ;
- la procédure suivie devant ce tribunal doit être régulière ;
- la loi doit être compétente au regard des règles de conflit françaises ;
- le jugement doit être conforme à l'ordre public ;
- et le jugement doit être pris sans fraude à la loi.

1366 Deux conditions ont depuis été abandonnées. En premier lieu, le contrôle de la régularité de la procédure suivie à l'étranger a été abandonné par la Cour de cassation dans un arrêt *Bachir* (478). Ce critère posait la difficulté pour le juge français, d'une part de connaître la procédure étrangère pour vérifier sa régularité et, d'autre part de dire à son homologue étranger comment il aurait dû l'appliquer. Ce critère a été intégré dans la condition de conformité à l'ordre public et des droits de la défense.

En second lieu, le contrôle de la loi appliquée a été purement et simplement abandonné par la Cour de cassation dans un arrêt *Cornelissen* (479). Ce critère imposait au juge étranger d'appliquer la règle de conflit française pour déterminer la loi applicable (identité conflictuelle). À défaut, le jugement étranger ne pouvait pas être déclaré exécutoire. Ce critère avait déjà été assoupli par la technique du renvoi (480) et par l'exception d'équivalence (481).

(475) Cass. civ., 19 avr. 1819, *Parker : GAJFDIP*, n° 2.
(476) Cass. 1re civ., 7 janv. 1964, *Münzer : Rev. crit. DIP* 1964, p. 344.
(477) Y. Lequette, *Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme : RCADI* 2015, vol. 387, p. 152.
(478) Cass. civ., 4 oct. 1967 : *Rev. crit. DIP* 1968, 98, note P. Lagarde ; *GAJFDIP*, n° 45.
(479) Cass. 1re civ., 20 févr. 2007 : *Rev. crit. DIP* 2007, p. 420 et s., note B. Ancel et H. Muir Watt.
(480) T. civ. Seine, 22 oct. 1956.
(481) Cass. req., 29 juill. 1929, *Drichemont : JDI* 1930, 377.

Désormais, on met l'accent sur le conflit de juridictions et le contrôle de la compétence du juge étranger.

Il résulte de l'arrêt *Cornelissen*, ci-dessus cité, que l'accueil des décisions judiciaires étrangères appelle aujourd'hui de trois conditions : la compétence indirecte du juge étranger **(§ I)**, la conformité de la décision étrangère à l'ordre public international **(§ II)**, et l'absence de fraude **(§ III)**.

§ I La compétence indirecte du juge étranger

1367 La décision étrangère n'est régulière que si elle a été rendue par un juge compétent. Cette compétence est appréciée au regard de la loi du *for*. On parle de compétence indirecte (lorsque le juge français est saisi d'une question au fond, on parle alors de compétence directe ; V. chapitre précédent).

Pour que le juge étranger soit régulièrement compétent, doit-on se fier aux règles de compétence françaises ? Il s'agirait donc de bilatéraliser nos règles de compétence. Le juge étranger sera régulièrement compétent si le juge français l'avait été dans la même situation. Si l'on répondait par la positive à cette question, cela nuirait à la circulation des décisions étrangères et aurait pour conséquence la perte pour les parties des droits acquis à l'étranger et l'obligation pour celles-ci de refaire leur procès.

Doit-on alors se fier aux règles étrangères ? Ici au contraire, il s'agirait d'un système unilatéral. Cela conduirait à accepter la décision prise par un juge malgré un lien très éloigné, voire inexistant avec le litige.

Face à cette situation, la Cour de cassation a fixé, dans un arrêt du 6 février 1985 rendu dans l'affaire *Simitch* (482), une règle autonome de compétence indirecte du juge étranger (483) : « Toutes les fois que la règle française de solution des conflits de juridictions n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu compètent, si le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi, et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux ».

Dès lors, pour que le juge étranger soit reconnu compétent, trois conditions sont requises : que les tribunaux français n'aient pas de compétence exclusive **(A)**, que le litige ait un lien avec le pays étranger en question **(B)**, et que la saisine ne soit pas frauduleuse **(C)**.

A/ Les tribunaux français ne doivent pas avoir une compétence exclusive

1368 Lorsque les tribunaux français ont une compétence exclusive en vertu d'une règle de compétence directe, l'*exequatur* doit être refusé.

Pendant longtemps, la compétence exclusive du juge français a résulté de la nationalité française d'une des parties et était fondée sur les articles 14 et 15 du Code civil. L'arrêt *Prieur*, rendu par la Cour de cassation le 23 mai 2006, a mis fin à cette règle en décidant que « l'article 15 du Code civil ne consacre qu'une compétence facultative de la juridiction française, impropre à exclure la compétence indirecte d'un tribunal, dès lors que le litige se rattache de manière caractérisée à l'État dont la juridiction est saisie et que le choix n'est pas frauduleux ». Dans un arrêt *Fercométal* rendu le 22 mai 2007, le juge a précisé que l'article 14 du Code civil n'ouvre au demandeur français qu'une simple faculté, et n'édicte pas une règle impérative, exclusive de la compétence indirecte d'un tribunal étranger déjà saisi et

(482) Cass. 1re civ., 6 févr. 1985, nº 83-11.241, *Simitch : GAJFDIP*, nº 70.
(483) V., en ce sens, D. Holleaux, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, 1970.

dont le choix n'est pas frauduleux. Le juge français pourra se déclarer incompétent en faisant jouer l'exception de litispendance (484) internationale.

Les juges français ont une compétence exclusive en vertu de l'article 24 du règlement Bruxelles I *bis*, compétence fondée sur la matière (immobilier, questions relatives aux personnes morales ayant leur siège en France, validité des inscriptions sur les registres publics, inscription des brevets, marques..., et mesures d'exécution).

De la même manière, le juge français pourra être exclusivement compétent en vertu d'une clause attributive de juridiction licite conformément aux articles 25 ou 26 du règlement Bruxelles I *bis*.

La décision du juge étranger ne pourra pas être reconnue si la protection des parties faibles n'a pas été assurée (485).

B/ Le litige doit avoir un lien avec le pays étranger

1369 La Cour de cassation ne donne pas de précision à ce sujet. Ce lien est apprécié en fonction des circonstances et du litige. Ainsi, dans les arrêts *Simitch* et *Prieur* (ci-dessus cités), l'exigence est un lien caractérisé avec le pays du juge saisi.

C/ Le choix du juge étranger ne doit pas être frauduleux

1370 Les parties, ou l'une d'elles, pourront être tentées de saisir un juge étranger dans le but d'obtenir à l'étranger un jugement une décision différente de celle qui aurait été prise France. Ce recours, que l'on dénomme le *forum shopping*, a pour but non pas d'éluder une loi, mais d'éluder le jugement qu'on aurait obtenu en France, même si le contenu du jugement dépendra bien évidemment de la loi appliquée. L'objet de la fraude est bien le jugement, le changement de loi appliquée n'est que le moyen utilisé. Il faut cependant nuancer le propos. Le fait de changer volontairement de nationalité ou de pays pour obtenir un jugement étranger plus favorable n'est pas en soi frauduleux. La fraude exige un élément intentionnel, celui d'aller chercher devant un juge étranger une décision pour qu'elle prenne effet en France alors que par une saisine directe du juge français, la solution n'aurait pas été la même.

1371 La fraude peut consister en la manipulation d'un facteur de rattachement avec une juridiction étrangère. Une jurisprudence abondante concerne les divorces. L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 2 octobre 1984 (486) illustre bien ce cas. Rappelons les faits. Un couple marié, tous deux de nationalité américaine et vivant à New York, décident d'un commun accord de fixer fictivement leur résidence aux îles Vierges, uniquement pour obtenir un divorce plus rapidement que dans leur État. Leur divorce est prononcé en 1952. Puis monsieur se remarie en France et par la suite demande l'annulation de son mariage pour bigamie. Les juges refusent de reconnaître le divorce prononcé en statuant que : « La saisine de l'accord des deux époux, d'une juridiction, qui n'était pas compétente, avait été artificielle et frauduleuse et que la loi appliquée au fond, (...) n'avait en vertu de la règle de conflit française aucun titre à régir la dissolution du mariage ». Ici, la fraude ne concernait pas les tribunaux français et l'intention initiale n'était pas d'invoquer le jugement de divorce

(484) Définition du dictionnaire Larousse : « Existence simultanée de deux actions pour le même objet et entre les mêmes parties devant deux tribunaux différents ».
(485) Règl. Bruxelles I *bis*, art. 15, 19 et 23.
(486) Cass. 1re civ., 2 oct. 1984, nº 82-14.829.

en France, mais incidemment la fraude au jugement étranger a été constatée par les juges français.

C'est dans le même sens que la cour a refusé de reconnaître le divorce des époux Lemaire (487), domiciliés à Paris, et qui étaient allés obtenir leur divorce devant le tribunal de Port-au-Prince en application de la loi haïtienne. Cette loi, plus favorable que la loi française, permettait de divorcer après trois années de séparation.

Ces deux arrêts illustrent non seulement le contrôle des juges sur la saisine frauduleuse d'un juge étranger, mais également sur la loi choisie par cette juridiction incompétente. Le premier critère permettait la non-reconnaissance de la décision, le cumul du second paraît inutile (488).

1372 La saisine d'une juridiction étrangère dont le seul but est d'échapper à l'exécution d'une décision française est également considérée comme frauduleuse. Ainsi, dans une affaire *Senoussi* en date du 1er mars 1988 (489), la Cour de cassation annule l'arrêt de la cour d'appel de Douai qui avait déclaré recevable le jugement de divorce des époux Senoussi prononcé en Algérie, sans rechercher si le choix de la juridiction algérienne n'avait pas été frauduleux et n'avait pas été fait dans le seul but d'échapper aux conséquences du jugement français qui avait condamné M. Senoussi à contribuer aux charges du mariage.

1373 Il en de même lorsque le juge étranger est saisi dans le but de faire échec à une saisie antérieure du juge français. Dans un arrêt en date du 20 juillet 2012 (490), les juges ont rejeté le pourvoi de M. Harfouche, lequel reprochait au juge français de ne pas reconnaître l'autorité de chose jugée attachée au jugement de divorce qu'il avait obtenu en Algérie, et de déclarer recevable l'action de son ex-épouse en contribution aux charges du mariage. En l'espèce, les juges ont estimé qu'il y avait eu fraude. M. Harfouche, qui vivait depuis une dizaine d'années en France, avait quitté le domicile familial et avait saisi le juge algérien d'une demande en divorce pour échapper à une condamnation au versement d'une contribution aux charges du mariage pouvant intervenir suite à la requête déposée par son épouse et dont il avait accusé réception.

Les juges se sont prononcés pour une absence de fraude dans un arrêt rendu le 12 juillet 2017 (491). La décision des juges français avait été annulée au moment de la saisie du juge étranger.

Il résulte d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 17 décembre 2014 (492) que l'existence d'un lien de rattachement entre le litige et le juge étranger saisi n'exclut pas la fraude.

§ II La conformité de la décision à l'ordre public international

1374 Pour être reconnu en France, le jugement étranger doit être conforme à l'ordre public. L'exception d'ordre public est soulevée par le juge lorsque l'application ou la reconnaissance du jugement étranger risque de perturber notre ordre juridique, car son contenu heurte nos conceptions dominantes du droit (493).

(487) Cass. 1re civ., 6 juill. 1988, *Lemaire*.
(488) V. P. Courbe, *Le divorce international : premier bilan d'application de l'article 310 du Code civil*, Travaux comité fr. DIP, 1991-9, p. 123-146.
(489) Cass. 1re civ., 1er mars 1988, no 87-12.007.
(490) Cass. 1re civ., 20 juin 2012, no 11-30.120, *Harfouche*.
(491) Cass. 1re civ., 12 juill. 2017, no 15-18.794, *Sté Romak*.
(492) Cass. 1re civ., 17 déc. 2014, no 13-21.365, *Moyne*.
(493) B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, LGDJ, 11e éd. 2014, no 205.

La décision étrangère ne respectant pas l'ordre public du *for* sera simplement évincée. Il n'y aura pas de jugement de substitution comme en matière de conflit de lois où la loi étrangère contraire à l'ordre public est évincée pour être remplacée par la loi française.

1375 Il n'y a pas de définition précise de la conception française de l'ordre public (494).

Dans un arrêt *Lautour* (495), les juges de la Cour de cassation s'étaient référés aux « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue ». Dans un arrêt plus récent, rendu le 8 juillet 2010 en matière d'adoption, la Cour de cassation caractérise l'ordre public par référence aux « principes essentiels du droit français » (496). Il s'agit de protéger la personne humaine, ses droits au regard des principes existant dans la société dans laquelle elle vit.

1376 La conception de l'ordre public peut avoir un caractère évolutif. Prenons pour exemple l'égalité des filiations. Jusqu'à la loi du 3 janvier 1972, un enfant naturel avait moins de droits qu'un enfant légitime, ainsi le modèle familial était protégé. La loi de 1972 a posé le principe d'égalité de l'enfant légitime avec l'enfant naturel, mais pas avec l'enfant adultérin. La société protégeait ainsi l'époux ou l'épouse bafoué(e). L'ordonnance du 4 juillet 2005 (faisant suite à la loi du 4 mars 2002) a posé le principe de l'égalité de filiation, qui fait partie aujourd'hui de notre ordre public international.

Cette contrariété peut exister par son contenu (« ordre public de fond ») **(A)**, ou par son mode d'élaboration (« ordre public de procédure ») **(B)** (497).

A/ Contenu de la loi étrangère conforme à l'ordre public : ordre public de fond

1377 La loi étrangère appliquée ne doit pas contrevenir aux valeurs substantielles françaises. À défaut de définition précise de la notion de « valeurs françaises », les solutions jurisprudentielles délimitent le contour de cette notion. Les juges n'appliquent pas le même degré de contrariété à l'ordre public lorsqu'il s'agit de reconnaître des droits acquis à l'étranger ou de créer des droits en France. La décision ayant déjà créé des droits à l'étranger, sera moins perturbatrice en France.

Dans un arrêt *Rivière* (498), la Cour de cassation opère cette distinction : « La réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger ». On parle désormais de l'« effet atténué » de l'ordre public qui vise l'hypothèse dans laquelle les droits acquis à l'étranger vont produire effet en France, par opposition à l'« effet plein » de l'ordre public auquel les juges feront référence lorsqu'il s'agira de créer des droits en France non encore acquis a l'étranger.

Ainsi la Cour de cassation a, dans un arrêt rendu le 3 janvier 1980 (499), jugé que l'ordre public international ne fait pas obstacle à l'acquisition des droits en France sur le fondement d'un mariage polygamique valablement célébré à l'étranger, alors que ce mariage étant interdit en France. Les mêmes juges, dans un arrêt rendu le 6 juillet 1988 (500), « s'oppose[nt] à ce que

(494) Rapp. C. cass. 2013, *L'ordre public*, Livre 3.
(495) Cass. civ., 25 mai 1948, *Lautour : D.* 1948, 357, note P. Lerebours-Pigeonnière.
(496) Cass. 1re civ., 8 juill. 2010, nº 08-21.740.
(497) Cass. 1re civ., 20 févr. 2007, *Cornelissen*.
(498) Cass. civ., 17 avr. 1953 : *Rev. crit. DIP* 1953, p. 412 et s., note H. Battifol.
(499) Cass. 1re civ., 3 janv. 1980, nº 78-13.762.
(500) Cass. 1re civ., 6 juill. 1988, nº 85-12.743.

le mariage polygamique contracté à l'étranger par celui qui est encore l'époux d'une Française produise ses effets à l'encontre de celle-ci ».

La jurisprudence est dense, surtout en matière de divorce et d'**égalité entre époux**. **1378**

Ainsi, plusieurs arrêts rendus le 17 février 2004 (501) refusent de reconnaître les décisions de répudiation obtenues en Algérie et au Maroc. En effet, ces décisions qui constatent une répudiation unilatérale du mari sont contraires au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage reconnu tant par les textes français que par les textes européens (502), et donc contraires à l'ordre public international.

Dans ces arrêts, les juges ont introduit une condition de proximité avec la France (soit la nationalité, soit la domiciliation par l'une ou les deux parties). La tolérance des droits acquis à l'étranger est limitée dès lors qu'il existe un lien avec la France.

Les juges ont réaffirmé à de multiples reprises cette contrariété à l'ordre public après l'entrée en vigueur du nouveau Code de la famille marocain (*Moudawana*) de 2004, lequel a accru les pouvoirs de l'épouse, sans toutefois parvenir à une égalité entre époux (503).

Dans un arrêt rendu le 25 mai 2016 (504), les juges ont affirmé que le fait pour l'épouse « de solliciter et d'obtenir de la juridiction étrangère une augmentation du don de répudiation ne saurait être considéré comme un acquiescement sans équivoque au jugement étranger constatant une répudiation unilatérale par le mari », et « même si elle résulte d'une procédure loyale et contradictoire, la décision d'une juridiction étrangère constatant une répudiation unilatérale par le mari », est contraire au principe d'égalité des époux et donc contraire à l'ordre public.

La Cour de cassation avait déjà refusé de reconnaître la répudiation sur un autre fondement. **1379**
En effet, dans un arrêt en date du 16 juillet 1992 (505), la cour a jugé que la loi marocaine, qui ne prévoit ni prestation compensatoire, ni pension alimentaire pour l'épouse, ni dommages-intérêts pour celle-ci en cas de divorce, est contraire à l'ordre public français. Ainsi, elle reconnaît **un ordre public alimentaire**.

La Cour de cassation a également érigé en principe essentiel l'**égalité parentale** au regard de l'autorité sur les enfants (506). S'agissant du **droit à la filiation**, les lois étrangères qui prohibent l'établissement du lien de filiation ne sont en principe pas contraires à l'ordre public international (507), mais une loi qui priverait un enfant français ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation le sera. Cette solution a été reprise dans un arrêt rendu par la Cour de cassation le 26 octobre 2011 (508).

La question de la filiation adoptive suscite de nombreuses questions. *Quid* des pays qui interdisent l'adoption ? Dans un arrêt en date du 15 décembre 2010 (509), les juges décident que l'interdiction de l'adoption par le droit algérien n'est pas contraire à l'ordre

(501) Cass. 1re civ., 17 févr. 2004, nº 01-11.549 : *Bull. civ.* 2004, I, nº 47 ; nº 02-11.618 : *Bull. civ.* 2004, I, nº 48 ; *D.* 2004, p. 824 ; nº 02-17.479 : *Bull. civ.* 2004, I, nº 46 ; et nº 02-15.766 : *Bull. civ.* 2004, I, nº 49.
(502) Conv. EDH, Prot. nº 7, art. 5.
(503) Cass 1re civ., 10 mai 2006, nº 04-19.444 (*Moudawana* et répudiation unilatérale de l'époux). – Cass. 1re civ., 19 sept. 2007, nº 06-19.577 (art. 48 du Code algérien et répudiation unilatérale de l'époux). – Cass. 1re civ., 4 nov. 2009, nº 08-20.355 (dispositions relatives à l'allocation d'une somme à l'épouse après divorce) et nº 08-20.574 (*Moudawana*, divorce sous contrôle du juge).
(504) Cass. 1re civ., 25 mai 2016, nº 15-10.532.
(505) Cass. 1re civ., 16 juill. 1992, nº 91-11.262
(506) Cass. 1re civ., 4 nov. 2010, nº 09-15.302.
(507) Cass. 1re civ., 10 févr. 1993, nº 89-21.997.
(508) Cass. 1re civ., 26 oct. 2011, nº 09-71.369.
(509) Cass. 1re civ., 15 déc. 2010, nº 09-10.439.

public, dès lors qu'existe la *kafala* (510). La question de l'établissement de la filiation adoptive à l'égard des parents de même sexe se pose également. Il convient de rappeler que le mariage entre personnes de même sexe ayant été autorisé par la loi du 17 mai 2013, dite loi « Taubira », l'adoption de l'enfant de son conjoint est devenue possible, mais également toute autre adoption puisque l'adoption suppose seulement le fait d'être marié.

1380 La Cour de cassation a également érigé, dans un arrêt rendu le 31 mai 1991, relatif aux conventions de mères porteuses, **le principe d'indisponibilité de l'état des personnes** en principe d'ordre public international français. La convention de mère porteuse passée et exécutée en France contrevient au principe d'indisponibilité du corps humain et à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes. La Cour avait déjà refusé de faire produire des effets au regard de la filiation à la gestation pour autrui conduite à l'étranger, par trois arrêts rendus le 6 avril 2011 (511), sur le fondement du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes comme principe essentiel du droit français. La convention de gestation est frappée par une nullité d'ordre public et le lien de filiation en découlant ne pourra être établi. L'intérêt supérieur de l'enfant ne peut contrevenir à ce principe d'ordre public.

1381 Les principes essentiels en droit français comprennent également **le principe de proportionnalité de la sanction pécuniaire**. La proportionnalité de sanction pécuniaire est analysée au regard du patrimoine du débiteur ou par rapport au montant de la condamnation principale (512).

B/ Procédure suivie à l'étranger conforme à l'ordre public : ordre public de procédure

1382 Le jugement étranger ne sera pas reconnu en France si la procédure n'a pas respecté certains principes, principes qui sont fondamentaux en France et qui sont érigés au rang de principe d'ordre public. L'arrêt *Bachir* (513) confirme la solution de l'arrêt *Munzer* de 1964 (sus-cité). La procédure suivie doit être régulière, et la régularité de la procédure devant le juge étranger « doit s'apprécier uniquement par rapport à l'ordre public international français et au respect des droits de la défense ». Les règles de la conduite du procès sont fixées par le Code de procédure civile et complétées par la jurisprudence de la Cour de cassation. Le jugement doit avoir été élaboré dans le respect des garanties fondamentales de la procédure, du principe de motivation et du principe du droit d'accès au juge.

1383 La procédure doit respecter **les garanties fondamentales de la procédure**.

Les principes directeurs du procès sont prévus aux articles 1er et suivants du Code de procédure civile. Les parties doivent introduire l'instance, en fixer l'objet par leur prétention en fait, et respecter le contradictoire et les droits de la défense.

La procédure doit également respecter les principes édictés par la Convention européenne des droits de l'homme, laquelle a une valeur supra-législative, ainsi que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. L'article 6, § 1 de ladite convention édicte des conditions pour que le procès soit équitable : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial... ».

(510) La *kafala* s'apparente dans notre droit à la délégation d'autorité parentale ou tutelle.
(511) Cass. 1re civ., 6 avr. 2011, nos 09-66.486, 10-19.053 et 09-17.130.
(512) Cass. 1re civ., 28 janv. 2009, no 07-11.729. – Cass. 1re civ., 1er déc. 2010, no 09-13.303. – Cass. 1re civ., 7 nov. 2012, no 11-23.871.
(513) Cass. 1re civ., 4 oct. 1967 : *GAJFDIP*, no 45.

Ces principes ont été rappelé tant par la jurisprudence de la Cour de cassation que celle de la Cour européenne.

Le principe du contradictoire renvoie à l'idée d'une confrontation écrite ou orale entre parties opposées. Ce principe est, pour certains, au cœur de l'élaboration du jugement, et pour d'autres fait partie des droits de la défense. Ainsi la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 6 juin 1990 (514), a refusé de reconnaître la répudiation prononcée au Maroc au motif que la procédure suivie devant les autorités marocaines n'avait pas permis à l'épouse de faire valoir ses prétentions ou ses défenses (515). **1384**

Pour que la procédure soit régulière,j **le juge étranger doit avoir motivé sa décision**. Ainsi, dans un arrêt en date du 17 mai 1978 (516), le juge a décidé qu'« est contraire à la conception française de l'ordre public international la reconnaissance d'une décision étrangère non motivée lorsque ne sont pas produits des documents de nature à servir d'équivalent à la motivation défaillante ». Le jugement qui n'a pas été motivé ne pourra pas être complété par les documents après la date de la saisine du juge (517), ces documents devant déjà exister à cette date. Cette solution a été réaffirmée par la Cour de cassation dans un arrêt *NML Capital* du 28 mai 2014 (518), dans lequel elle a estimé que le juge américain avait motivé sa décision condamnant la République d'Argentine et que par conséquent elle n'était pas contraire à notre ordre public et pouvait donc recevoir l'*exequatur*. **1385**

Cette procédure, pour être régulière, doit également avoir respecté **le principe d'accès au juge**. Ainsi en a jugé la Cour de cassation dans un arrêt (519) opposant l'État d'Israël à la société *National Iranian Oil Company* (NIOC). Les juges ont considéré que le droit d'accès au juge pour une personne ayant conclu une convention d'arbitrage était le droit d'accès à l'arbitre, que ce principe relevait de l'ordre public international et était consacré tant par les principes de l'arbitrage international que par l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'impossibilité d'accéder au tribunal arbitral a été jugée comme constitutive d'un déni de justice et justifiait l'intervention du juge français dès lors qu'un lien avec la France existait. **1386**

S'ajoutent également à ces décisions les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme, sur la base de l'article 6, § 1, de la Convention du même nom, qui consacre le « droit au procès équitable » (520).

§ III L'absence de fraude

Pour que le jugement étranger puisse être reconnu, le jugement ne doit pas avoir été obtenu frauduleusement. L'absence de fraude est une des conditions édictées par les arrêts *Cornelissen* et *Munzer*. **1387**

Il existe deux types de fraude :
- la fraude aux droits de l'une des parties par l'autre dans le cadre de l'élaboration du jugement, qui est sanctionnée par le principe d'ordre public procédural, étudié ci-avant ;
- la fraude à l'égard du pays dont la loi ou les tribunaux sont compétents.

(514) Cass. 1re civ., 6 juin 1990, nº 88-15.008.
(515) L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, Litec, 1992, nº 461.
(516) Cass. 1re civ., 17 mai 1978, nº 76-14.843.
(517) Cass. 1re civ., 7 nov. 2012, nº 11-23.871.
(518) Cass. 1re civ., 28 mai 2014, nº 13-10.553, *NML Capital*.
(519) Cass. 1re civ., 1er févr. 2005, nº 02-15.237.
(520) CEDH, 20 juill. 2001, *Pellegrini : Rev. crit. DIP* 2004, p. 106.

A/ La fraude à la loi

1388 L'une ou les deux parties obtiennent l'application d'une loi étrangère qui, en principe, n'est pas compétente. Des époux français changent de nationalité et obtiennent un jugement de divorce dans un pays étranger alors qu'en France le divorce était interdit et que la loi applicable au divorce était la loi nationale. Il y a une intention de fraude qui s'accompagne souvent d'un *forum shopping*. Pour refuser de reconnaître ces jugements, il convient de vérifier la loi appliquée par le juge étranger. Or, cette vérification n'existe plus en droit français.

Cette fraude ne pourra être invoquée qu'au moment de la reconnaissance du jugement, en tant que fraude au jugement.

B/ La fraude au jugement

1389 L'une ou les deux parties saisissent les tribunaux étrangers pour obtenir un jugement qu'elles n'auraient pas pu avoir auprès de la juridiction normalement compétente. Ce point a déjà été étudié (V. *supra*, nos 1370 et s.).

Sous-section II La procédure de contrôle de l'efficacité des jugements étrangers

1390 En présence d'un jugement étranger, le notaire ou le juge peut-il l'appliquer directement ? L'article 509 du Code de procédure civile dispose : « Les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les officiers étrangers sont exécutoires sur le territoire de la République de la manière et dans les cas prévus par la loi ». Cet article ne vise que l'exécution et pas la reconnaissance.

Un jugement étranger, dès lors qu'il remplit les conditions de régularité, est **reconnu de plein droit et a autorité de la chose jugée**, à l'exception des jugements patrimoniaux déclaratifs émanant d'États non membres pour lesquels un doute subsiste **(§ I)**. La mise à exécution d'un jugement étranger nécessite, par application des articles 509 du Code de procédure civile et 2412, alinéa 2 du Code civil, la mise en œuvre d'une **procédure d'exequatur (§ II)**.

Il convient ici de préciser que l'expression « le jugement étranger a autorité de chose jugée en France » est impropre, car une norme ne peut avoir d'autorité qu'à l'égard des organes de l'État dont elle émane. Le juge français ne lui confère aucune autorité. Il fait produire des effets à un jugement étranger qui consacre un état de droit.

§ I La reconnaissance de plein droit, ou l'effet *de plano* des décisions étrangères

1391 Le jugement étranger n'est soumis à aucune formalité préalable pour être reconnu. Néanmoins, il doit remplir les conditions de régularité internationale (V. *supra*, 1365 et s.). La Cour de cassation a admis, à partir de 1860, que **les jugements en matière d'état des personnes produisent effet de plein droit**. Ce principe a été posé par l'arrêt *Bulkley* (521) : une personne régulièrement divorcée à l'étranger peut se remarier en France

(521) Cass. 1re civ., 28 févr. 1860, *Bulkley : GAJFDIP*, no 4. – Cass. 1re civ., 9 mai 1900, *De Wrède : JDI* 1900, no 27, p. 613.

sans *exequatur*. La loi interdisait alors le divorce en France (522) et la reconnaissance des divorces étrangers, qui étaient considérés comme contraires à l'ordre public. Cet arrêt pose le principe d'effet de plein droit des jugements étrangers constitutifs de droits, et ce à l'égard même des Français, puisque Mme Bulkley se remariait avec un Français. Cette solution a été étendue à la nullité du mariage dans un arrêt *De Wrède* du 9 mai 1900, puis à la filiation dans un arrêt des 11 avril et 1er mai 1945.

La Cour de cassation a posé une limite à l'effet de plein droit desdits jugements, dans un arrêt *Hainard* rendu le 3 mars 1930 (523), lorsque « **les jugements doivent donner lieu à des actes d'exécution matérielle sur les biens ou de coercition sur les personnes** ».

Puis la Cour de cassation a reconnu de plein droit les jugements constitutifs de droits, par exemple un jugement conférant une qualité ou un titre en matière patrimoniale, la nomination d'un administrateur dans une succession (524), un tuteur, un liquidateur en matière de procédures collectives.

1392 S'agissant des jugements patrimoniaux et déclaratifs, ceux-ci ne bénéficiaient pas de la reconnaissance de plein droit, ainsi en avait décidé la Cour de cassation dans un arrêt *Negretto* rendu le 26 juin 1905 (525). Mais la cour, évoluant dans sa position, a reconnu dans une affaire *Locautra* (526) le jugement allemand qui annulait une vente et sur le fondement duquel le vendeur réclamait les biens vendus se trouvant en France.

Dans un arrêt de principe *Société Miniera du Fragne* (527), la Cour de cassation a jugé recevable l'exception de litispendance internationale en raison d'une instance engagée devant un tribunal étranger également compétent dès lors que la décision à intervenir à l'étranger était susceptible d'être reconnue en France. Si l'on accepte d'arrêter une procédure en France pour tenir compte d'une future décision qui serait applicable, il n'est plus acceptable de ne pas prendre en compte les décisions étrangères existantes (528).

§ II Les procédures indépendantes d'un *exequatur*

1393 Le jugement étranger (constitutif ou relatif à l'état ou la capacité des personnes) bénéficie d'une reconnaissance de plein droit. Ce jugement peut donc être invoqué lors d'une instance au fond, et s'il est jugé régulier, il aura autorité par incidence **(A)**. Il pourrait également être contesté, et pour empêcher qu'il ne soit produit en cours d'instance, une action peut être introduite en amont pour que le juge statue sur sa non-reconnaissance. Les parties peuvent, pour mettre fin à l'incertitude sur sa reconnaissance, introduire une action déclaratoire en opposabilité ou inopposabilité **(B)**.

A/ La reconnaissance incidente

1394 La question de la reconnaissance peut être posée dans types de procédures :
– soit une nouvelle instance a lieu en France avec le même objet qu'à l'étranger ;

(522) La loi dite « Bonald » du 8 mai 1816, abolie par la loi dite « Naquet » en date du 27 juillet 1884, qui a rétabli le divorce.
(523) Cass. civ., 3 mars 1930, *Hainard : GAJFDIP*.
(524) Cass. civ., 6 juin 1967, *Shapiro*.
(525) Cass. civ., 26 juin 1905, *Negretto : Rev. crit. DIP* 1905, 1014.
(526) Cass. 1re civ., 9 déc. 1974, *Locautra*.
(527) Cass. 1re civ., 26 nov. 1974, *Sté Miniera di Fragne : JDI* 1975.
(528) H. Gaudemet-Tallon, *La reconnaissance des jugements étrangers portant sur une somme d'argent, en matière civile et commerciale : RID comp.* 1986, p. 501.

– soit une instance a lieu en France avec un objet différent de celui tranché par le juge étranger.

Dans tous les cas, le juge saisi de l'action principale vérifiera incidemment la régularité du jugement étranger pour lui donner l'effet demandé.

1395 Lorsque l'instance concerne le même objet que celui du jugement étranger, le défendeur pourra soulever l'exception de chose jugée. Le juge peut également relever d'office (529) la fin de non-recevoir de la chose jugée (530).

Pour que cette exception soit recevable, encore faut-il que la décision étrangère ait autorité de chose jugée dans son état d'origine. Pour vérifier l'autorité de la chose jugée, il faut se référer à la loi étrangère.

1396 Lorsque l'instance porte sur une chose distincte de celle jugée à l'étranger, l'une des parties peut invoquer le jugement étranger.

Le demandeur peut l'invoquer pour soutenir ses prétentions, par exemple une réclamation d'aliments fondée sur le jugement de filiation obtenu à l'étranger (531).

Le défendeur peut l'invoquer pour faire échec à la demande. Par exemple, le défendeur à l'action en divorce peut invoquer un jugement étranger prononçant la nullité dudit mariage.

Il reviendra à celui qui conteste la reconnaissance demandée de prouver l'irrégularité. Ainsi en ont décidé les juges dans un arrêt rendu au sujet de la régularité d'une décision de divorce obtenue à l'étranger (532).

De la même manière, l'étendue de l'autorité de la chose jugée est déterminée par la loi étrangère.

1397 Une difficulté apparaît lorsque la reconnaissance du jugement étranger est faite devant une personne autre qu'un juge, une personne qui n'a pas le pouvoir de contrôler la régularité, comme l'officier d'état civil. L'officier d'état civil chargé de célébrer un mariage auquel on présente un jugement de divorce rendu à l'étranger doit-il vérifier ou attendre une vérification de la régularité de ce jugement ? La réponse est négative, il doit célébrer le mariage conformément à l'instruction générale relative à l'état civil et à la jurisprudence de l'arrêt *Bulkley* précité, même si la validité du mariage qu'il célèbre pourra être contestée devant un juge (533).

Une fois le jugement reconnu, la solution étrangère sera également consacrée en France. Il ne s'agit pas d'un nouveau jugement. L'état de droit remonte bien au moment arrêté par le jugement étranger, à savoir pour un jugement déclaratif au jour où est survenu le fait qui l'a instauré, et pour un jugement constitutif au jour il a acquis autorité positive de chose jugée à l'étranger, ou à une date indiquée par le jugement lui-même.

B/ L'action déclaratoire en opposabilité ou inopposabilité

1398 Une personne qui ne souhaite pas qu'un jugement rendu à l'étranger puisse un jour lui être opposé peut introduire, à titre préventif, une action déclaratoire en inopposabilité. Cette action a été admise pour la première fois dans l'arrêt *Weiller* rendu par la Cour de cassation

(529) CPC, art. 125 : « Le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée ».
(530) Cass. civ., 15 mai 1963, *Patino*.
(531) Cass. 1re civ., 10 janv. 1990 : *Bull. civ.* 1990, I, no 4.
(532) Cass. 1re civ., 19 janv. 1983, *Conlon*.
(533) P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, LGDJ, 10e éd. 2010, no 104.

le 22 janvier 1951 (534), aux termes duquel le mari s'est vu déclarer inopposable le jugement de divorce obtenu frauduleusement par son épouse au Nevada.

Cette action tend au résultat opposé à l'*exequatur* et suit le même régime procédural.

Puis, dans un arrêt le 3 janvier 1980 (535), la Cour de cassation a reconnu l'action déclaratoire en opposabilité. Le demandeur met ainsi fin à une incertitude quant à la reconnaissance du jugement étranger. **1399**

L'action déclaratoire est ouverte à toute personne qui a un intérêt et peut donc être introduite tant par la personne en faveur de qui le jugement a été prononcé que contre la personne condamnée. La jurisprudence ne distingue pas les catégories de jugements étrangers à cet égard.

Cette action, bien qu'utile, présente dans certaines situations une incohérence. Lorsque l'*exequatur* est demandé simplement à des fins d'opposabilité par une personne autre que la personne victorieuse à l'étranger, l'instance aboutit à l'octroi de l'effet exécutoire, ce qui est illogique.

Lorsque le juge français constate l'irrégularité du jugement qui est invoqué lors d'une instance ou lors d'une action déclaratoire et décide qu'il ne peut pas faire l'objet de reconnaissance, cette décision a autorité de chose jugée à l'égard des parties qui ne pourront plus en demander l'*exequatur*.

§ III La procédure d'*exequatur*

L'*exequatur* est une autorisation judiciaire d'exécuter un acte juridictionnel ou gracieux dépourvu de force exécutoire dans l'ordre juridique du juge requis, soit en raison de son extranéité (jugement ou acte public étranger), soit en raison de son caractère privé (sentence arbitrale). **1400**

Il sera étudié dans un premier temps les conditions de sa recevabilité **(A)**, puis la procédure elle-même **(B)**.

A/ Les conditions de recevabilité de l'*exequatur*

Seule la partie victorieuse à l'étranger a en principe intérêt à agir et demander l'*exequatur*. Pour qu'il y ait exécution forcée sur des biens, il faut de plus établir l'existence de ces biens en France. **1401**

L'action doit être introduite devant le tribunal de grande instance statuant à juge unique, conformément à l'article R. 212-8, alinéa 2 du Code de l'organisation judiciaire, qui dispose que : « Le tribunal de grande instance connaît à juge unique : (...) 2° Des demandes en reconnaissance et en *exequatur* des décisions judiciaires et actes publics étrangers ainsi que des sentences arbitrales françaises ou étrangères ». Les tribunaux français sont compétents internationalement pour connaître de l'*exequatur*. **1402**

Le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur. Le demandeur à l'*exequatur* peut également saisir le tribunal du lieu où il sera procédé à l'exécution forcée. À défaut de domicile, et en l'absence de volonté ou de possibilité de procéder à une exécution forcée, le choix du tribunal est fondé sur une question de bonne administration de la justice.

(534) Cass. civ., 22 janv. 1951, *Weiller : Rev. crit. DIP* 1951, 167, note Francescakis.
(535) Cass. 1re civ., 3 janv. 1980, *Garino : JDI* 1980, p. 341.

1403 Pour que la demande d'*exequatur* puisse être recevable, le jugement étranger doit être exécutoire dans son pays d'origine.Mais la demande d'*exequatur* peut également avoir pour objectif de vérifier la régularité du jugement étranger et de reconnaître son autorité en France ; cet *exequatur* aura la même fonction que l'instance en opposabilité ou l'instance en reconnaissance ; le jugement doit avoir un caractère définitif.

Si le jugement étranger est annulé, l'*exequatur* devient caduc de plein droit.

B/ La procédure d'*exequatur*

1404 L'*exequatur* est demandé par voie d'assignation de la partie adversaire au jugement étranger.

Le juge peut accorder ou refuser l'*exequatur*, ou ne l'accorder que partiellement. Le juge refusera de connaître d'une demande distincte qui accompagnerait la demande d'*exequatur*. Seules les demandes connexes sont admises.

Le juge ne peut, depuis la fin de la révision, modifier le jugement étranger.

Le jugement d'*exequatur* est exécutoire, et les voies d'exécution sont celles du droit français. L'exécution provisoire peut être demandée. La prescription de la condamnation est soumise aux règles du droit français.

Le jugement d'*exequatur* a autorité de chose jugée. Si la décision soumise à *exequatur* avait un **effet *de plano***, l'*exequatur* confirme la régularité du jugement et a de ce fait un effet similaire à l'action déclaratoire en inopposabilité ou en reconnaissance incidente. Dans le cas contraire, l'*exequatur* confère l'autorité de chose jugée, et consacre ainsi l'état de droit créé par le jugement français. Le point de départ de l'état de droit étant celui du jugement étranger et non la date d'*exequatur*.

1405 Il y a lieu de rappeler que le juge doit, avant d'accorder ou refuser l'*exequatur*, vérifier que les conditions de l'*exequatur* sont remplies conformément aux arrêts *Munzer* et *Cornelissen* rendus par la Cour de cassation.

Le juge doit, en présence d'un jugement irrégulier dont l'irrégularité n'est pas soulevée par les parties, procéder d'office à ce contrôle et refuser l'*exequatur* en cas d'irrégularité. Lorsque le juge a un doute sur le jugement étranger et notamment lorsqu'il n'est pas suffisamment motivé, il doit refuser l'*exequatur*.

CHAPITRE III Les conflits de procédures et de décisions

1406 Lorsque plusieurs procédures sont engagées devant des juridictions de différents États, cela engendre un conflit entre elles. En droit international privé commun, les règles unilatérales édictées par chaque pays engendrent des conflits, conflits qui sont négatifs quand aucun État ne se reconnaît compétent, et positifs quand à l'inverse plusieurs États se reconnaissent compétents. Ces saisines multiples peuvent aussi être stratégiques en vue d'obtenir la décision la plus favorable au litige, stratégie appelée *forum shopping*. Les juges de *common law* ont créé des outils pour enrayer les comportements abusifs, comme les injonctions *anti-suit*.

Mais ces possibilités de saisines multiples peuvent aussi être tout à fait normales parce que permises par un règlement. Ainsi le règlement Bruxelles I *bis* offre plusieurs choix de saisines possibles, et lorsque des choix différents sont pris par les parties, il y a un conflit de procédures ou de décisions en fonction de l'état d'avancement du traitement du litige.

Section I Litispendance

1407 En droit interne, si le même litige est pendant devant deux juridictions de même degré également compétentes pour en connaître, la juridiction saisie en second lieu doit se dessaisir au profit de l'autre si l'une des parties le demande. À défaut, elle peut le faire d'office (536).

En droit international, cela obligerait donc le juge français à se dessaisir au bénéfice d'un juge étranger compétent déjà saisi. La Cour de cassation a admis l'exception de litispendance internationale, par extension du droit commun, dans un arrêt du 26 novembre 1974, *Société Miniera di Fragne* (537) à la condition que la décision à intervenir à l'étranger soit susceptible d'être reconnue en France. Il revient donc au juge français de contrôler *a priori* la future décision qui doit intervenir à l'étranger pour déterminer si elle va pouvoir s'appliquer en France. Cette analyse renvoie donc aux conditions d'*exequatur* des décisions étrangères, en premier lieu européennes puis internationales.

1408 Deux situations peuvent se présenter :
- soit les deux juridictions compétentes saisies sont compétentes et sont de même degré : la deuxième juridiction doit se dessaisir conformément à l'article 100, alinéa 2 ;
- soit les deux juridictions compétentes saisies sont compétentes et ne sont pas de même degré : l'exception de litispendance doit être soulevée devant la juridiction inférieure même si elle a été saisie en premier conformément à l'article 102 du Code de procédure civile.

§ I La litispendance européenne

1409 Au niveau européen, l'exception de litispendance est largement admise. Il résulte de l'article 29 du règlement Bruxelles I *bis* que lorsque les demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes demandeur et défendeur, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence de juridiction première saisie soit établie.

Deux points sont importants :
- la question de la juridiction première saisie ;
- la preuve de la chronologie des saisines et la nature de l'information.

1410 La question de la juridiction première saisie dépend de la loi de chaque pays. La Cour de justice a, dans un arrêt du 27 février 2014, précisé que la compétence est établie si ce tribunal n'a pas décliné sa compétence et si aucune partie n'a contesté sa compétence. Dès que cette compétence est établie, la juridiction saisie en second doit se dessaisir au profit de la première, et il n'y a pas de question de reconnaissance à se poser puisque toutes les décisions au niveau européen sont reconnues par principe.

1411 S'agissant de la question de la date de la saisine, l'article 32.1 du règlement Bruxelles I *bis* énonce une règle uniforme. Une juridiction est réputée saisie à la date à laquelle l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent est déposé auprès de la juridiction. Il faut que le demandeur n'ait pas négligé par la suite de prendre les mesures qui lui incombaient pour que l'acte soit notifié ou signifié au défendeur. Si l'acte doit être notifié ou signifié avant d'être déposé auprès de la juridiction, celle-ci est réputée saisie à la date à laquelle il est reçu

(536) CPC, art. 100.
(537) *GAJFDIP*, n° 54.

par l'autorité chargée de la notification ou de la signification, à condition que le demandeur n'ait pas négligé par la suite de prendre les mesures qui lui incombaient pour que l'acte soit déposé auprès de la juridiction. L'autorité chargée de la notification ou de la signification est la première autorité ayant reçu les actes à notifier ou à signifier. La juridiction ou l'autorité chargée de la notification ou de la signification visée ci-dessus consigne respectivement la date du dépôt de l'acte introductif d'instance ou de l'acte équivalent ou la date de la réception des actes à notifier ou à signifier.

§ II La litispendance internationale

1412 L'article 33 du règlement Bruxelles I *bis* énonce que lorsque la compétence de la juridiction saisie est fondée sur les articles 4, 7 et 8 et qu'une procédure est pendante devant une juridiction d'un État tiers, au moment où une juridiction d'un État membre est saisie d'une demande entre les mêmes parties ayant le même objet et la même cause que la demande portée devant la juridiction de l'État tiers, la juridiction de l'État membre peut surseoir à statuer.

La juridiction saisie en second sursoit à statuer lorsqu'elle pense que la juridiction de l'État tiers va rendre une décision susceptible d'être reconnue et exécutée dans ledit État membre, ou lorsqu'elle est convaincue que le sursis à statuer est nécessaire pour une bonne administration de la justice. Dans la négative, cette juridiction pourra poursuivre sa décision. Cette situation oblige le juge français à analyser la future décision.

Le délai de traitement du litige pourra être un élément de réflexion sur le critère de bonne administration de la justice.

Section II La connexité

1413 En droit interne, s'il existe entre des affaires portées devant deux juridictions distinctes un lien tel qu'il soit de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble, il peut être demandé à l'une de ces juridictions de se dessaisir et de renvoyer en l'état la connaissance de l'affaire à l'autre juridiction (538).

En droit international, la Cour de cassation a admis, dans un arrêt du 22 juin 1999, l'exception de connexité « aux seules conditions que deux juridictions relevant de deux États différents soient également et compétemment saisies de deux instances en cours, faisant ressortir un lien de nature à créer une contrariété » (539).

Sous-section I La connexité européenne

1414 Il résulte de l'article 30 du règlement Bruxelles I *bis*, que lorsque des demandes connexes sont pendantes devant des juridictions d'États membres différents, la juridiction saisie en second lieu peut surseoir à statuer.

Lorsque la demande devant la juridiction première saisie est pendante au premier degré, toute autre juridiction peut également se dessaisir, à la demande de l'une des parties, à

(538) CPC, art. 102.
(539) *Rev. crit. DIP* 2000, p. 42.

condition que la juridiction première saisie soit compétente pour connaître des demandes en question et que sa loi permette leur jonction.

Ce n'est qu'une possibilité et non une obligation de surseoir.

L'article 30.3 précise la notion de connexité : sont connexes les demandes liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément. Ce lien est apprécié d'une manière large par la Cour de justice.

Sous-section II La connexité internationale

1415 De la même manière que pour la litispendance internationale, lorsque la compétence est fondée sur l'article 4 ou sur les articles 7, 8 ou 9 et qu'une procédure est pendante devant une juridiction d'un État tiers au moment où une juridiction d'un État membre est saisie d'une demande entre les mêmes parties ayant le même objet et la même cause que la demande portée devant la juridiction de l'État tiers, la juridiction de l'État membre peut surseoir à statuer (540).

La juridiction saisie en second pourra de la même manière surseoir à statuer lorsqu'elle pense que la juridiction de l'État tiers va rendre une décision susceptible d'être reconnue et d'être exécutée dans ledit État membre ou lorsqu'elle est convaincue que le sursis à statuer est nécessaire pour une bonne administration de la justice. Dans la négative, cette juridiction pourra poursuivre sa décision.

1416 Le juge saisi en second pourra également poursuivre sa décision si la juridiction saisie en premier a elle-même sursis à statuer ou s'est désistée, si la juridiction de l'État membre estime que la procédure devant la juridiction de l'État tiers ne pourra vraisemblablement pas être conclue dans un délai raisonnable, ou encore si la poursuite de l'instance est indispensable à une bonne administration de la justice.

1417 Dès lors que la juridiction saisie en premier a rendu sa décision et qu'elle est susceptible d'être reconnue et exécutée, la juridiction de l'État membre saisi doit mettre fin à l'instance.

L'exception de connexité peut être prononcée à la demande d'une partie ou prononcée d'office si la loi nationale le permet (541).

(540) Règl. Bruxelles I *bis*, art. 34.
(541) Règl. Bruxelles I *bis*, art. 34.4.

DEUXIÈME PARTIE

Les sources du droit international

TITRE I

Les sources internes de droit international privé

CHAPITRE I La loi

Il n'y a que peu de textes sur les conflits de lois ou les conflits de juridictions dans le système juridique français, et ceux-ci sont disséminés dans les différents textes nationaux. Malgré de multiples tentatives, le droit international privé français n'est pas codifié, alors que la plupart des systèmes de droit modernes ont adopté une codification. Tel est le cas pour le canton de Zürich, dès 1854, mais aussi de la Belgique, du Portugal, de l'Espagne, de l'Autriche, de l'Allemagne, de la Suisse, de l'Italie, de l'Algérie, du Gabon, du Sénégal, de la Chine... En France, les projets Niboyet en 1954, Batiffol en 1959 et Foyer en 1967 ont tous été abandonnés. **1418**

Il n'existait que très peu de règles de droit international dans le Code civil de 1804. Les seuls articles rédigés étaient l'article 3, qui édicte que : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. Les immeubles, même ceux possédés par les étrangers, sont régis par la loi française. Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résident à l'étranger », les articles 14 et 15 en matière de conflit de juridiction (542), et les articles 8 et suivants sur la condition de l'étranger et les règles de nationalité.

Ceci s'expliquait notamment par le fait que, dans une Europe déchirée par les guerres, le droit international privé était essentiellement national. Les doctrines des particularistes déjà évoquées (543) défendaient une approche selon laquelle le droit international privé était nécessairement lié au droit interne.

D'autres dispositions législatives ont été intégrées au Code civil. Aujourd'hui, on pourrait penser que les sources nationales françaises sont en déclin en droit international privé du fait de l'augmentation très sensible ces dernières années du droit de l'Union européenne. Cependant, des pans entiers du droit restent encore aujourd'hui régis par les règles internes du droit international privé. C'est le cas par exemple des règles de conflit de lois qui concernent l'état ou la capacité des personnes, régis par l'article 3 du Code civil (544), la filiation (545), le mariage (546), ou encore les biens (547). D'autres matières sont pour partie concernées par les règles du Code civil comme le divorce pour l'article 309 du Code civil (548) ou les conflits de juridictions (549). Dans d'autres domaines, le législateur est

(542) V. *supra*, n° 1276.
(543) V. *supra*, n° 1011.
(544) V. *supra*, n° 1123.
(545) V. *supra*, n° 1132.
(546) V. *supra*, n° 1128.
(547) V. *supra*, n° 1171.
(548) V. *supra*, n° 1140.
(549) V. *supra*, n° 1276.

intervenu pour modifier le code, comme c'est le cas avec la loi du 12 mai 2009 à propos des partenariats enregistrés (550).

Le notaire, face à une problématique de droit international privé, devra donc connaître les sources nationales relatives à ces questions.

Par exemple : Mme Z., mariée sous un régime de séparation de biens pure et simple, de nationalité marocaine, de confession musulmane, doit acquérir un bien immobilier en France. Le notaire devra se poser la question de sa capacité. L'article 3 du Code civil édicte que les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger. Dès le début du XIXe siècle, la jurisprudence a bilatéralisé cette règle (551) en soumettant la capacité des étrangers à leur propre loi nationale. Le notaire devra donc vérifier si Mme Z. a la capacité pour signer l'acte authentique, d'après la loi nationale marocaine.

CHAPITRE II La jurisprudence et la doctrine

1419 La jurisprudence a joué un rôle essentiel en droit international privé et dans son évolution. Elle a posé les fondements du droit international privé. Son rôle peut être comparé à celui qu'elle a eu en droit administratif. Ceci explique l'importance, dans ces deux matières, des *grands arrêts* (552).

Aujourd'hui encore, les grandes étapes du droit international privé sont désignées par les noms des arrêts de la Cour de cassation (l'affaire des *Semoules* (553) l'arrêt *Bisbal* (554), l'arrêt *Mutuelles du Mans* (555)).

Par ailleurs, la jurisprudence contemporaine fait souvent référence à un principe qui s'avère être une règle d'origine prétorienne (556).

1420 La doctrine a été très influente dans la construction du droit international privé. Elle a effectué un travail de mise en mémoire qui a dégagé des solutions et a finalement inspiré les solutions jurisprudentielles, puis législatives. Il faut ici évoquer le travail du Comité français de droit international privé, créé en 1934, dont M. Jean-Paulin Niboyer a été à l'initiative. Les fondateurs, dont firent également partie MM. Paul Lerebours-Pigeonnière, René Cassin, Jules Basdevant, Jacques Maury et Georges Ripert, souhaitaient établir des contacts entre les spécialistes, permettre les échanges, contribuer au développement scientifique et pratique de la discipline (557).

Le comité est constitué d'universitaires, d'une part, et de praticiens, d'autre part, tels des magistrats, des notaires, des avocats, et quelques personnalités étrangères. Il cherche à enrichir la matière et il est une source précieuse d'influence de la jurisprudence.

(550) V. *supra*, n° 1127.
(551) CA Paris, 13 juin 1814, *Busqueta*. – Cass. civ., 28 févr. 1860, arrêt *Bulkeley*.
(552) B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5e éd. 2006.
(553) V. *infra*, n° 1431.
(554) V. *infra*, n° 1437.
(555) V. *infra*, n° 1440.
(556) Cass. 1re civ., 25 juin 1991 : *JCP* G 1992, II, 21798, note H. Muir Watt.
(557) www.cfdip.fr.

TITRE II

Les sources internationales

SOUS-TITRE I

Une source établie : les traités

CHAPITRE I La variété des traités

Section I Les traités portant règles de conflit et ceux portant droit uniforme

Certains traités s'emploient uniquement à unifier les règles de conflit de lois. Ce droit ne donne donc pas la solution au problème, mais désigne la règle qui permet de déterminer le droit matériel. C'est un texte qui vise à appliquer les mêmes règles de conflit dans les mêmes situations pour tous les États ayant ratifié ce traité. **1421**

Par exemple, la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Cette convention prévoit, en son article 3 que : « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties ». L'article 4 édicte que : « Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits (...) ».

En aucun cas la convention ne résout le problème. Elle ne fait que viser la loi applicable. Elle fixe la règle de conflit de lois.

D'autres traités s'emploient à unifier le droit matériel. Dans ce cas, les États souverains ont renoncé à leur solution de droit interne et cherchent à harmoniser le droit matériel sur une question précise. **1422**

C'est le cas, par exemple, de la convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, dite « convention de Vienne » du 11 avril 1980. Elle a pour objectif de fournir un régime uniforme et juste pour les contrats et contribue ainsi à la sécurisation des échanges commerciaux. C'est un des traités fondamentaux du droit commercial international et son adoption est le résultat d'un effort législatif entrepris au début du XIX^{e} siècle. Ce texte, entré en vigueur en France le 1er janvier 1988, a cherché à mettre en place un équilibre entre les différentes législations nationales et ses articles sont applicables en tant que tels.

Par exemple, l'article 53 prévoit que : « L'acheteur s'oblige, dans les conditions prévues au contrat et par la présente convention, à payer le prix et à prendre livraison des marchandises ».

L'article 33 précise que : « Le vendeur doit livrer les marchandises : *a)* si une date est fixée par le contrat ou déterminable par référence au contrat, à cette date ; *b)* si une période de temps est fixée par le contrat ou déterminable par référence au contrat, à un moment quelconque au cours de cette période, à moins qu'il ne résulte des circonstances que c'est à l'acheteur de choisir une date ; ou *c)* dans tous les autres cas, dans un délai raisonnable à partir de la conclusion du contrat ».

L'article 36 édicte que : « Le vendeur est responsable, conformément au contrat et à la présente Convention, de tout défaut de conformité qui existe au moment du transfert des risques à l'acheteur, même si ce défaut n'apparaît qu'ultérieurement. 2) Le vendeur est également responsable de tout défaut de conformité qui survient après le moment indiqué au paragraphe précédent et qui est imputable à l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations, y compris à un manquement à une garantie que, pendant une certaine période, les marchandises resteront propres à leur usage normal ou à un usage spécial ou conserveront des qualités ou caractéristiques spécifiées ».

Enfin, la dernière catégorie de traités est une combinaison des deux premières catégories : elle s'emploie à la fois à uniformiser les règles de conflit et à harmoniser le droit matériel.

1423 C'est le cas par exemple de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.

Certains articles édictent des règles de conflit. C'est le cas par exemple de l'article 36 qui fixe une règle de conflit :

« Au regard d'un État qui connaît, en matière d'adoption, deux ou plusieurs systèmes de droit applicables dans des unités territoriales différentes :

a) toute référence à la résidence habituelle dans cet État vise la résidence habituelle dans une unité territoriale de l'État ;

b) toute référence à la loi de cet État vise la loi en vigueur dans l'unité territoriale concernée ;

c) toute référence aux autorités compétentes ou aux autorités publiques de cet État vise les autorités habilitées à agir dans l'unité territoriale concernée ;

d) toute référence aux organismes agréés de cet État vise les organismes agréés dans l'unité territoriale concernée ».

D'autres articles précisent la règle à appliquer. C'est le cas pour l'article 32 :

1. « Nul ne peut tirer un gain matériel indu en raison d'une intervention à l'occasion d'une adoption internationale.
2. Seuls peuvent être demandés et payés les frais et dépenses, y compris les honoraires raisonnables des personnes qui sont intervenues dans l'adoption.
3. Les dirigeants, administrateurs et employés d'organismes intervenant dans une adoption ne peuvent recevoir de rémunération disproportionnée par rapport aux services rendus ».

Section II Les traités dits « universels » et ceux fondés sur la réciprocité

1424 On distingue également les conventions dites « universelles » qui s'appliquent en France du seul fait de la signature et de la ratification du traité par la France. C'est le cas par exemple pour la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la détermination du régime matrimonial.

Cette convention doit être appliquée par le notaire français, quelles que soient la nationalité et la résidence habituelle des époux, même si ceux-ci n'ont pas la nationalité de l'État contractant ou n'y résident pas. Le notaire français s'y réfère, car il exerce dans un État partie qui a décidé d'appliquer les règles prévues dans le traité.

C'est aussi le cas de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur la protection des mineurs, qui prévoit un principe en son article 13 : « La convention s'applique à tous les mineurs qui ont leur résidence habituelle dans l'un des États contractants, même s'il a la nationalité d'un État non contractant ». Cependant, l'article 13, alinéa 2 permet aux États contractants d'émettre une réserve et de n'appliquer la convention qu'aux mineurs nationaux des États contractants. La France n'a pas formulé cette réserve. En conséquence, pour la France, la convention s'applique à tous les mineurs qui ont leur résidence habituelle dans un État contractant, quelle que soit leur nationalité.

Ces conventions dites « universelles » s'opposent aux conventions qui sont fondées sur la notion de réciprocité. Celles-ci s'appliquent uniquement si les éléments de rattachement renvoient aux pays signataires du traité. Le notaire devra donc se référer préalablement au texte de la convention afin de vérifier ce point. C'est le cas bien entendu de toutes les conventions bilatérales.

CHAPITRE II Le régime juridique des traités internationaux

La hiérarchie des normes **(Section I)** sera d'abord abordée du point de vue des juges **(Sous-section I)**, puis du point de vue du notaire **(Sous-section II)**, avant d'évoquer les conflits de sources internationales **(Section II)**, l'interprétation des traités **(Section III)**, et enfin l'office du juge **(Section IV)**. **1425**

Section I La hiérarchie des normes

L'article 55 de la Constitution française édicte 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 ». **1426**

Il est donc évident que les traités sont supérieurs aux lois françaises et, par là, doivent s'appliquer même s'il existe une norme interne sur le sujet.

De même, les traités l'emportent sur toutes les lois, même les lois postérieures aux traités. La jurisprudence a quelque peu hésité, mais aujourd'hui ce principe est clairement établi.

Si la solution semble aujourd'hui arrêtée, elle n'a été mise en place que progressivement. En effet, lors de l'entrée en vigueur des textes communautaires, la Constitution de 1946 ne contenait aucune disposition particulière pouvant conclure à l'intégration de la dimension européenne. Si certains pays, comme le Luxembourg ou les Pays-Bas, ont choisi très rapidement de modifier leur Constitution afin d'intégrer le principe de la supériorité du droit communautaire, ce ne fut pas le cas de la France. Les justiciables ne pouvaient se prévaloir des traités devant les juridictions nationales en l'absence de dispositions législatives les intégrant au sein de l'ordre juridique national. Quelques années plus tard, la Constitution de 1958 a même entendu marquer un retour aux principes d'indépendance et de souveraineté nationale. Son article 11 introduit la possibilité pour le président de la République de

soumettre au référendum tout projet de loi autorisant la ratification d'un traité. De façon générale, la tradition juridique française accepte peu la supériorité d'une norme extranationale, mais la supériorité des traités ou des textes européens a fini par s'imposer.

L'article 55 de la Constitution pose comme principe l'autorité supérieure des traités à celle des lois, « sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». Cette clause, dite « de réciprocité », vient atténuer le principe.

Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), devenue la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) en 2009 précise :
- les traités donnent naissance à un « nouvel ordre juridique de droit international au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les États membres, mais également leurs représentants » (558) ;
- « l'ordre juridique ainsi institué s'intègre à l'ordre juridique de chacun des États membres et l'emporte sur l'ordre juridique des États membres sans distinction » (559) ; l'intégration vaut également pour les règles du droit dérivé qui font partie intégrante, avec rang de priorité, de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des États membres (560).

L'application de cette hiérarchie des normes est évoquée dans un premier temps par les juges **(Sous-section I)**, puis pour le notaire **(Sous-section II)**.

Sous-section I Devant les juges

1427 La position des différents juges sur la hiérarchie des normes est décrite, d'abord pour le juge constitutionnel **(§ I)**, puis pour le juge judiciaire **(§ II)**, et enfin pour le juge administratif **(§ III)**.

§ I La position du juge constitutionnel sur le contrôle de conventionnalité

1428 Le Conseil constitutionnel a posé comme principe qu'il ne contrôlait pas la conformité de la loi au regard des traités, mais seulement au regard de la Constitution, dans une décision du 15 janvier 1975 relative à la loi sur l'interruption volontaire de grossesse (561).

Il s'agissait en l'espèce de trancher la question de la conformité de cette loi avec la Convention européenne des droits de l'homme. Il ne s'agissait pas directement d'un traité, mais de principes généraux régissant les différents États.

Le Conseil a justifié sa position par le fait que la primauté des traités sur les lois posée par l'article 55 de la Constitution présente un caractère relatif car subordonné au respect de la clause de réciprocité. Le contrôle de constitutionnalité est assuré par le Conseil constitutionnel. La question du contrôle de conventionnalité s'est donc posée devant les juges ordinaires.

En refusant d'opérer le contrôle de la conformité des lois aux traités internationaux, le Conseil constitutionnel a refusé de les faire pénétrer dans le bloc de constitutionnalité. Il a néanmoins accepté de trancher cette question lorsqu'une révision constitutionnelle a incor-

(558) CJCE, 5 févr. 1963, aff. 26/62, *Van Gend en Loss*.
(559) CJCE, 15 juill. 1964, aff. 6/64, *Costa* c/ *Enel*.
(560) CJCE, 9 juin 1978, aff. 106/77, *Simmenthal : AJDA* 1978, p. 323.
(561) Cons. const., 15 janv. 1975, n° 74-54 DC.

poré la substance du Traité sur l'Union européenne dans la Constitution. Ce fut le cas de la révision constitutionnelle du 25 juin 1992, qui a permis de ratifier le traité de Maastricht. Cette révision a donné aux citoyens européens le droit de vote et d'éligibilité aux élections européennes et municipales. L'article 88-3 a été ajouté à la Constitution. Dans une décision du 20 mai 1998 (562), le Conseil constitutionnel a accepté d'examiner directement la conformité de la loi française à cette disposition.

Il faut noter que la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 (563) a mis en place un nouveau dispositif dénommé question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Le Conseil constitutionnel peut être saisi sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation. Il doit se prononcer dans un délai imparti, pour savoir si une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution. Pour le juge constitutionnel, la QPC permet de se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi par rapport à la Constitution, mais le contrôle de conventionnalité reste acquis aux juridictions ordinaires sur la base de l'article 55 de la Constitution.

§ II La position du juge judiciaire sur le contrôle de conventionnalité

1429 La Cour de cassation a tiré les conséquences du refus de la position du Conseil constitutionnel et s'est rapidement reconnue compétente pour traiter les conflits entre traités internationaux et lois internes. La Cour a fait rapidement prévaloir les exigences de primauté, d'effectivité et d'immédiateté du droit de l'Union européenne. L'arrêt *Jacques Vabre* du 24 mai 1975 (564) a écarté une loi française imposant une taxe, comme contraire au traité de Rome, alors même que cette loi était postérieure à l'entrée en vigueur du traité. Mais la Cour de cassation s'est fondée non seulement sur le principe de la primauté du droit de l'Union, sur son caractère propre, absolu et illimité, mais aussi sur l'article 55 de la Constitution, norme interne au droit français.

Par ailleurs, la Cour ne se reconnaît pas le pouvoir de contrôler le respect du principe de la réciprocité, car « il appartient au seul gouvernement de dénoncer un traité ou d'en suspendre son application » (565).

1430 Une autre norme internationale exerce une influence grandissante sur notre droit interne : la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (la Convention européenne des droits de l'homme), signée par les États membres du Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950, ratifiée par la France le 3 mai 1974 et son instrument de contrôle, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) mise en place en 1959 et qui siège à Strasbourg. Tous les États signataires se sont engagés à se conformer à ses arrêts. Cette convention pose un socle démocratique commun à tous les États membres. Il en résulte des obligations à la charge de chaque État, non soumises au principe de réciprocité.

Les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme peuvent conduire les juridictions françaises à modifier leur jurisprudence. C'est ainsi que la Cour a renoncé à sa jurisprudence s'opposant à ce que la France transcrive l'acte de naissance d'un enfant né d'une convention de gestation pour autrui (566).

(562) Cons. const., 20 mai 1998, n° 98-400 DC.
(563) L. const. n° 2008-724, 23 juill. 2008 : *JO* 24 juill. 2008.
(564) Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, *Jacques Vabre : Bull. civ.* 1975, ch. mixte, n° 4, p. 6.
(565) Cass. 1re civ., 6 mars 1984 : *Rev. crit. DIP* 1985, p. 108, note G.A.L. Droz, solutions confirmées dans deux arrêts, Cass. 1re civ., 16 févr. et 23 mars 1994 : *Rev. crit. DIP* 1995, p. 51, note P. Lagarde.
(566) Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, nos 14-21.323 et 15-50.002 : *Dr. famille* 2015, repère 8, J.-R. Binet.

Face à la protection offerte par la Convention, la nature même du contrôle de la Cour de cassation est en cours d'évolution. Dépassant son rôle traditionnel de contrôle de la conventionnalité d'une norme nationale, la Cour accepte désormais de s'assurer que l'application d'une norme interne n'a pas, au regard des circonstances de l'espèce, des conséquences excessives heurtant un droit fondamental. Elle procède à un contrôle de proportionnalité qui l'oblige à peser les intérêts en présence pour déterminer si un juste équilibre est ménagé entre les droits fondamentaux des parties (567).

§ III La position du juge administratif

1431 Le juge administratif a toujours été plus prudent.

Dans la célèbre affaire des *Semoules* (568), le Conseil d'État a écarté les dispositions du traité de Rome et a donné la priorité au texte français, plus récent.

Dans cette affaire, il existait un règlement n° 19 de la CEE qui prévoyait le remplacement des droits de douane par un prélèvement communautaire pour les importations communautaires et extracommunautaires. En France, un décret est pris en ce sens le 28 juillet 1962. Le 19 septembre 1962, la France signe avec l'Algérie, devenue indépendante, une ordonnance relative à leur régime douanier, qui prévoit que durant une certaine durée, la France et l'Algérie continueront de faire partie du même territoire douanier. Le 24 janvier 1964, le ministre de l'Agriculture français décide de ne pas soumettre au prélèvement communautaire une importante importation de semoules de blé provenant d'Algérie. Le syndicat général des fabricants de semoules de France saisit le Conseil d'État. Celui-ci écarte les dispositions du traité de Rome comme antérieures au texte français et donne la priorité à la norme la plus récente.

Un revirement s'opère bien plus tard, en 1989, avec l'arrêt *Nicolo* (569) sous la pression des internationalistes et des européanistes. Avec cet arrêt, le Conseil d'État se rallie à la primauté des traités sur la loi interne française, même s'ils sont postérieurs à la loi. Là encore, le juge administratif ne met pas en avant le caractère propre au droit de l'Union, mais fonde la primauté de ce droit sur la seule injonction constitutionnelle de l'article 55 de la Constitution.

L'argumentaire évolue encore dans une affaire *Société Arcelor* (570). Le Conseil d'État ne fait plus référence à l'article 55, mais à l'article 88-1 de la Constitution, issu de la révision liée au traité de Maastricht, qui a intégré officiellement le droit de l'Union dans la Constitution.

Il a reconnu la primauté des traités sur les lois, mais aussi des règlements et des directives, dans son arrêt *Perreux* (571).

De façon générale, le Conseil d'État reconnaît aujourd'hui la primauté des traités, du droit de l'Union, des règlements et directives qui constituent des développements naturels des traités européens, mais aussi des principes généraux du droit de l'Union comme la Charte des droits fondamentaux ou la jurisprudence de la Cour de justice, qui feraient ainsi partie du droit primaire de l'Union (572).

(567) Cour de cassation, Étude annuelle 2017, *Le juge et la mondialisation dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, p. 49 et s.
(568) CE, 1er mars 1968, *Synd. général des fabricants de semoules : Rec. CE* 1968, p. 149 ; *RTDE* 1968, p. 395.
(569) CE, ass., 20 oct. 1989 : *Rev. crit. DIP* 1990 p. 125.
(570) CE, 8 févr. 2007, req. n° 287110 : *Rec. CE* 2007, p. 55, concl. M. Guyomar.
(571) CE, 30 oct. 2009, n° 298348.
(572) CE, 11 mai 2015, n° 383664.

Ce principe de supériorité des traités sur les lois s'applique uniquement si le traité ne crée pas d'obligations à la seule charge des États. Il faut que les particuliers puissent donc les invoquer.

Par exemple, la Cour de cassation, dans un arrêt du 10 mars 1993 (573), a refusé d'appliquer la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989 au motif qu'elle ne créait des obligations qu'à la seule charge des États. Elle a depuis changé sa position en 2005 (574).

Le Conseil d'État également a pris position en décidant qu'il appartenait au juge français de vérifier la régularité de la ratification des traités internationaux (575).

Sous-section II Devant le notaire

1432 Le notaire français, lui aussi, a l'obligation d'appliquer la norme internationale. Tout comme le juge peut être censuré par les juridictions supérieures, la non-application d'un traité international ou de la réglementation européenne entraîne la condamnation du notaire. Ce dernier doit bien prendre en compte les règles de droit international privé dans le traitement de son dossier et dans les conseils donnés à ses clients. Cela était déjà une réalité hier. Aujourd'hui, le notaire ne peut plus s'en dispenser.

Il existe déjà des cas de responsabilité notariale en matière civile au niveau des juridictions des premier et deuxième degrés. C'est par exemple le cas de l'arrêt de la cour d'appel de Versailles en date du 10 avril 2008 (non publié), qui a condamné un notaire qui avait rédigé un procès-verbal de difficultés dans lequel il avait mentionné que les ex-époux s'étaient mariés sans contrat, sans déterminer leur régime matrimonial d'après les règles de droit international privé – en l'occurrence le régime libanais de la séparation de biens – déterminé par le premier domicile matrimonial, les ex-époux ayant été mariés avant le 1er septembre 1992.

Par ailleurs, le notaire devra tenir compte de l'éventuelle application de la loi étrangère.

Dans un arrêt du 15 janvier 2015 (576), la Cour de cassation a condamné un notaire français à la suite d'une vente d'un bien immobilier situé en France par M. X et Mme Y, de nationalité française, résidents en Suède.

En France, le couple était exonéré de toute plus-value immobilière en vertu de l'article 150 U II-2° du Code général des impôts, lors de la cession d'un logement situé en France par des ressortissants d'un État membre de l'Union européenne, à la condition qu'il ait été fiscalement domicilié en France de manière continue pendant au moins deux ans à un moment quelconque antérieurement à la cession, dans la limite d'une résidence par contribuable et de 150 000 € de plus-value nette imposable, aux cessions réalisées, sans condition de délai, lorsque le cédant avait la libre disposition du bien au moins depuis le 1er janvier de l'année précédant celle de la cession.

Le notaire avait pris le soin de vérifier que le vendeur remplissait toutes les conditions édictées par cet article. Il avait également transmis une consultation du Cridon. Malgré cela, la Cour de cassation a considéré que le notaire a manqué à ses obligations de conseil en omettant d'informer ses clients sur les conséquences fiscales de l'opération en Suède.

(573) Cass. 1re civ., 10 mars 1993 : *Rev. crit. DIP* 1993, p. 449.
(574) Cass. 1re civ., 18 mai et 14 juin 2005 : *JDI* 2005, p. 1131, note Chalas.
(575) CE, 18 déc. 1998, *SARL du Parc de Blozheim : RFDA* 1999, 279 et 374.
(576) Cass. 1re civ., 15 janv. 2015, n° 14-10.256, non publié au bulletin.

« Alors que le notaire est tenu d'informer et d'éclairer de manière complète et circonstanciée les parties qu'il assiste sur les incidences fiscales de l'acte auquel il apporte son concours, notamment en les avertissant explicitement de l'éventuelle incertitude affectant le traitement fiscal de l'opération dans leur État de résidence ; que, dès lors, les juges du fonds qui, bien qu'ils aient constaté d'une part, que la réponse apportée par le Cridon était confuse et incomplète, dans la mesure où elle n'évoquait que la question de l'exonération de la plus-value en France sans laisser pour autant entendre que les vendeurs pourraient bénéficier d'une exonération tant en France qu'en Suède et d'autre part, que Me Z... n'avait jamais fait croire à ses clients qu'ils pourraient échapper à toute imposition sur la plus-value, ont néanmoins retenu que la preuve d'une faute de ce dernier n'était pas rapportée, n'ont pas tiré les conséquences légales de leurs constatations, dont il résultait que M. X et Mme Y... n'avaient pas été explicitement informés d'un risque d'imposition de la plus-value réalisée en Suède, et ont ainsi violé l'article 1382 du Code civil. »

En l'espèce, il s'agissait d'une question de fiscalité de droit international privé. En n'avertissant pas les parties de l'application de la loi fiscale étrangère, ou tout au moins en n'attirant pas leur attention sur la nécessité de s'interroger aussi sur les implications fiscales de l'acte à l'étranger, le notaire a manqué à son obligation de conseil.

Section II Les conflits de sources internationales

1433 Il est possible que deux normes internationales ou une norme internationale et une norme européenne soient applicables au même problème juridique.

Les traités les plus récents règlent eux-mêmes cette question. Pour avoir la réponse, il faut consulter les clauses finales des conventions et vérifier ce point. C'est le cas par exemple du Protocole de La Haye du 23 novembre 2007, qui prévoit dans son article 18 que : « Dans les rapports entre les États contractants, le présent Protocole remplace la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires et la Convention de La Haye du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants ».

Deux auteurs, Mme Horatia Muir Watt et M. Dominique Bureau (577), abordent d'autres solutions techniques de résolutions de conflits. Ainsi il est parfois nécessaire, lorsqu'un État adhère à une convention, de dénoncer l'ancienne convention, avec laquelle un conflit pourrait se produire. Certaines conventions tentent de neutraliser le conflit et s'efforcent de concilier les conventions en présence par des clauses de neutralisation appelées « clauses de déconnexion, de sauvegarde des conventions antérieures ou plus favorables » ou encore « clauses de sauvegarde des droits des États tiers ».

Si le traité ne règle pas la question, le notaire devra vérifier si un règlement textuel du conflit de source est prévu, par l'introduction dans les conventions d'une clause dite « de politesse générale ou spéciale ».

Les clauses de politesse spéciales prévoient que la convention générale s'efface devant les conventions spéciales.

La clause dite « de politesse générale » rend caduques les dispositions spéciales et notamment toutes les conventions bilatérales. C'était le cas par exemple de la Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en

(577) *Droit international privé*, t. I, PUF, 4e éd., nos 39 et s.

matière civile et commerciale, qui a remplacé une série de conventions bilatérales qu'elle énumère ou tous les accords de coopérations qui avaient été signés antérieurement.

L'article 55 de la convention précise que : « Sans préjudice des dispositions de l'article 54 deuxième alinéa et de l'article 56, la présente convention remplace entre les États qui y sont parties les conventions conclues entre deux ou plusieurs États, à savoir :

- la convention entre la Belgique et la France sur la compétence judiciaire, sur l'autorité et l'exécution des décisions judiciaire, des sentences arbitrales et des actes authentiques, signée à Paris le 8 juillet 1899 ;
- la convention entre la Belgique et les Pays-Bas sur la compétence judiciaire territoriale, sur la faillite ainsi que sur l'autorité et l'exécution des décisions judiciaires, des sentences arbitrales et des actes authentiques, signée à Bruxelles le 28 mars 1925 (...) ».

Enfin, si rien n'est prévu dans les textes, il convient de se reporter à la pratique jurisprudentielle qui retient un principe de supériorité de la norme spéciale sur la norme générale.

C'est le cas par exemple pour deux États membres de l'Union européenne, signataires de la Convention de La Haye de 1954. Cette convention prime sur le règlement Rome I, plus général. L'une et l'autre norme permettent de désigner la loi applicable à un contrat de vente frappé d'un élément d'extranéité. Le juge comme le notaire français devraient appliquer la Convention de La Haye de 1955, relative à la loi applicable à la vente, plus spéciale que le règlement Rome I régissant les obligations contractuelles en général. C'est ce qui a été décidé par la Cour de cassation dans un arrêt du 20 février 2007 (578). Il faut cependant observer qu'en l'espèce l'enjeu est minime, dans la mesure où la règle de rattachement dans les deux instruments est identique.

Si cette solution ne peut être retenue, le choix de la jurisprudence peut également se porter sur la norme la plus récente ou sur la norme qui conduira à une efficacité maximale, celle permettant la reconnaissance et l'exécution du jugement, au détriment de celle qui aurait conduit à les refuser.

1434 Dans l'Union européenne, ces conflits peuvent être plus complexes. L'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 a transformé les traités en vigueur en règlements. Depuis lors, de nombreux règlements ont été adoptés. La multiplication de ces instruments de droit dérivé, souvent d'application universelle, est appelée à devenir le droit international privé commun des États membres ; souvent, les règlements précisent leur champ d'application. La Cour de justice de l'Union européenne peut en préciser les critères d'applicabilité en délimitant unilatéralement le champ d'application du droit matériel uniforme.

Section III L'interprétation des traités

1435 Quelle est l'autorité qui a compétence pour interpréter les traités ? Cette question a longtemps divisé les autorités. Tout ceci est aujourd'hui entendu.

En effet, le Conseil d'État, dans un arrêt *Veuve Murat* du 23 juillet 1823 (579), a d'abord refusé d'interpréter un traité, considérant qu'il s'agissait d'une question relevant du pouvoir exécutif et notamment du ministère des Affaires étrangères, autorité qui a négocié le traité.

(578) Cass. com., 20 févr. 2007, nº 04-17.752.
(579) *Rec. CE* 1823, p. 545.

Puis, dans un arrêt *Gisti* du 29 juin 1990 (580), le Conseil d'État s'est finalement reconnu compétent pour trancher, considérant qu'il n'était pas tenu de surseoir en attendant une interprétation gouvernementale.

La Cour de cassation a également opéré un revirement de jurisprudence dans un arrêt du 19 décembre 1995 (581). Elle se reconnaît aujourd'hui compétente, sans restriction, pour interpréter les traités internationaux.

À noter que certains traités mettent en place des mécanismes d'interprétation par des juridictions internationales. Par exemple, l'article 234 du traité de Rome prévoit un renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJCE) qui donnera une interprétation des termes des traités qui s'imposera aux juridictions des États membres. La jurisprudence de la Cour de cassation relative à la pratique du renvoi préjudiciel est relatée et analysée dans le rapport 2006 de la Cour de cassation (582).

La chambre criminelle de la Cour de cassation a opéré un revirement de sa doctrine par un arrêt du 11 février 2004 (583) en énonçant qu'il était de l'office du juge pénal d'interpréter les traités internationaux dans la cause soumise à son examen à propos du traité du 10 août 1877 par lequel la Suède avait rétrocédé à la France l'île de Saint-Barthélemy.

Plus récemment, la chambre criminelle de la Cour de cassation a confirmé cette solution par un arrêt du 15 janvier 2014 (584).

Section IV L'office du juge

1436 Le juge doit-il rechercher s'il existe des éléments d'extranéité ? Doit-il appliquer la règle de conflit alors même que les parties ne l'ont pas soulevée ? La règle de conflit est-elle impérative, à la fois pour les parties et pour le juge ? Ces questions ont beaucoup évolué dans le temps et ont fait l'objet de nombreux revirements de jurisprudence.

§ 1 L'arrêt *Bisbal* du 12 mai 1959

1437 Le point de départ du raisonnement est l'arrêt *Bisbal* (585), qui conclut que la règle de conflit – en tant qu'elle désigne une loi étrangère – ne s'impose pas au juge français. Les juges n'avaient donc pas l'obligation de relever d'office la règle de conflit et d'appliquer le droit matériel étranger désigné. L'arrêt précise que : « Les règles de conflit de lois, en tant du moins qu'elles prescrivent l'application d'une loi étrangère, n'ont pas un caractère d'ordre public, en ce sens qu'il appartient aux parties d'en réclamer l'application et qu'on ne peut reprocher aux juges du fonds de na pas appliquer d'office la loi étrangère et de faire, en ce cas, appel à la loi interne française, laquelle a vocation à régler tous les rapports de droit privé ».

(580) CE, ass., 29 juin 1990, *Gisti : JurisData* n° 1990-645014 ; *AJDA* 1990, p. 630, concl. Abraham.
(581) Cass. 1re civ., 19 déc. 1995 : *Bull. civ.* 1995, I, n° 47 ; *JDI* 1997, p. 1009, note L. Idot ; *Rev. crit. DIP* 1996, p. 468, note B. Oppetit ; *JCP* G 1996, IV, 355.
(582) Rapp. C. cass. 2006, *La Cour de cassation et la construction européenne*, p. 97 et s. (www.courdecassation.fr).
(583) Cass. crim., 11 févr. 2004, n° 02-84.472 : *Bull. crim.* 2004, n° 37.
(584) Cass. crim., 15 janv. 2014, n° 13-84.778 : *Bull. crim.* 2014, n° 11.
(585) Cass. 1re civ., 12 mai 1959, *Bisbal : Rev. crit. DIP* 1960, p. 62, note Batiffol.

En l'espèce, des époux espagnols avaient obtenu le divorce devant les juges français qui ont appliqué la loi française alors que la règle de conflit désignait le droit espagnol. Or, à l'époque, ce droit interdisait le divorce et les époux avaient volontairement omis d'invoquer la règle de conflit. Puis, insatisfait, le mari se pourvoit en cassation.

La cour rejette donc le pourvoi et précise qu'on ne peut reprocher au juge du fond de ne pas appliquer d'office la loi étrangère, et ce même si les droits en litige relèvent de l'ordre public. Cette solution avait l'avantage de faciliter la vie du praticien en visant la prééminence du droit du *for*. Cette solution a perduré pendant environ trente ans. Elle a cependant fait l'objet de vives critiques.

Dans un arrêt *Cie algérienne de Crédit et de banque* c/ *Chemouny* du 2 mars 1960 (586), la cour a simplement admis que le juge, s'il le voulait, pouvait invoquer la règle de conflit désignant la loi étrangère. Dans cette espèce, Chemouny avait été condamné par le Tribunal de première instance de Beyrouth au remboursement d'une somme et à des dommages et intérêts envers la Compagnie algérienne de crédit et de banque. La cour d'appel française a déclaré irrecevable la demande d'*exequatur* du jugement libanais, au regard de la loi libanaise. La compagnie se pourvoit en cassation et reproche au juge du fond l'application de la loi étrangère. La cour rejette le pourvoi et précise « qu'il est vainement reproché aux juges français, saisis d'une demande d'*exequatur*, de faire application d'office d'une loi étrangère dont les parties n'avaient pas fait état devant eux et qui n'intéressait pas l'ordre public ». Finalement, face aux critiques, une solution opposée a été adoptée et a obligé le juge à appliquer d'office la règle de conflit de loi.

§ II Les arrêts *Rebouh* et *Schule* des 11 et 18 octobre 1988

Dans un arrêt *Rebouh* du 11 octobre 1988 (587), qui traite d'une action en recherche de paternité naturelle intentée par une mère, de nationalité algérienne, la cour a reproché aux juges du fond de ne pas avoir appliqué la règle de conflit de lois prévue par l'article 311-14 du Code civil, qui précise que la filiation est régie par la loi personnelle de la mère. **1438**

Dans l'affaire *Schule* (588), M. Max Brunner, de nationalité suisse, avait consenti une donation déguisée à une dénommée Mme Schule. À son décès, Mme Philippe, sa fille, demande la nullité de la donation. Les juges du fond prononcent la nullité au motif « que la dissimulation avait pour objet de priver l'enfant légitime d'une partie de la succession de son père ».

La Cour a censuré la décision au motif que : « En statuant ainsi, alors que Max Brunner avait son dernier domicile en Suisse, sans rechercher, au besoin d'office, quelle suite devait être donnée à l'action de Mme Philippe en application de la loi helvétique, la cour d'appel a violé les textes et principes susvisés ».

Une telle position imposait aux juges français une tâche importante puisqu'ils avaient l'obligation d'appliquer d'office la règle de conflit quelle que soit la nature des droits en cause. Cette situation avait le mérite de la simplicité, mais elle fut de courte durée.

(586) Cass. 1re civ., 2 mars 1960, *Cie algérienne de crédit et de banque* c/ *Chemouny* : *Rev. crit. DIP* 1960, note Battifol.
(587) Cass. 1re civ., 11 oct. 1988 : *Rev. crit. DIP* 1989, p. 368 ; *JDI* 1989, p. 349, note D. Alexandre ; *Defrénois* 1989, p. 310, obs. J. Massip ; *GAJFDIP*, no 71.
(588) Cass. 1re civ., 18 oct. 1988 : *JCP* G 1989, II, 21259, note J. Prévault ; *GAJFDIP*, no 72.

§ III La jurisprudence *Coveco*

1439 En effet, dans un arrêt *Coveco* (589), la Cour de cassation a tempéré sa position pour mettre en place une voie médiane. Le juge doit appliquer d'office la règle de conflit de lois dans deux cas :
- lorsque la règle de conflit provient d'un traité international ;
- lorsque la règle est relative à une matière où les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits.

Cette jurisprudence a été réaffirmée, notamment dans un arrêt *Paglierani* (590). En conséquence, dans les matières où le droit est disponible, les parties peuvent demander l'application du droit français au lieu du droit étranger applicable selon la règle de conflit, mais seulement si leur accord est exprès (591). Cette solution s'est maintenue pendant une dizaine d'années.

L'arrêt *Agora Sopha* du 11 juin 1996 (592) a modifié la formulation en abandonnant le critère « des matières dans lesquelles les parties ont la libre disposition de leurs droits », et en édictant la règle des « droits disponibles ou non disponibles ». Un droit qualifié de disponible est un droit dont les parties ont la maîtrise. C'est le cas pour le choix du régime matrimonial ou des contrats, considérés comme disponibles. Traditionnellement, l'état, la capacité des personnes et le mariage sont considérés comme des droits indisponibles. Cependant, aujourd'hui, avec le rôle croissant de la volonté, et, inversement, avec l'intervention de l'ordre public dans des domaines qualifiés de disponibles, force est de constater que cette classification devient difficile.

§ IV L'arrêt *Mutuelles du Mans*

1440 Par l'arrêt *Mutuelles du Mans* (593), la Cour de cassation opère un nouveau revirement de jurisprudence. Le critère de l'origine internationale de la règle de conflit a été abandonné, pour ne conserver aujourd'hui que celui des droits disponibles ou indisponibles. Le juge doit appliquer d'office les règles de conflit de lois lorsque l'on est en présence de droits indisponibles qui désignent éventuellement la loi étrangère. La qualification des droits s'effectue selon la loi du *for*.

Dans le cas contraire, le juge a la faculté d'appliquer la règle de conflit de lois, sans que cela ne puisse lui être imposé. S'il choisit d'appliquer la règle de conflit, il a alors l'obligation de rechercher la teneur de la loi étrangère applicable au rapport de droit litigieux (594). Si les parties réclament l'application de la règle de conflit, le juge est également obligé d'appliquer le droit étranger et de rechercher son contenu (595).

(589) Cass. 1re civ., 4 déc. 1990, *Sté Coveco et a.* c/ *Sté Vesoul transports et a. : GAJFDIP*, 5e éd., nos 74-78, p. 669 et s. ; *Rev. crit. DIP* 1991, p. 558, note M.-L. Niboyet ; *JDI* 1991, p. 371, note D. Bureau ; *GAJFDIP*, no 73.
(590) Cass. 1re civ., 10 oct. 1995, *Sté Paglierani : Rev. crit. DIP* 1996, p. 332.
(591) Étude de M. J.-P. Ancel, conseiller à la Cour de cassation, *Le juge français et la mise en œuvre du droit étranger* : site de la Cour de cassation.
(592) Cass. 1re civ., 11 juin 1996, *Agora Sopha : Rev. crit. DIP* 1997, p. 65, note P. Lagarde.
(593) Cass. 1re civ., 26 mai 1999, *Mutuelles du Mans : Rev. crit DIP* 1999, p. 707, note H. Muir Watt.
(594) Cass. 1re civ., 27 janv. 1998, no 95-20.600 : *Bull. civ.* 1998, I, no 27.
(595) Cass. 1re civ., 22 mars 2012, no 09-68.067 : *Bull. civ.* 2012, I, no 61.

Dans plusieurs arrêts (596), la jurisprudence donne la possibilité aux parties d'appliquer, dans un litige portant sur des droits disponibles, une loi autre que celle désignée par la règle de conflit (597).

Ils se fondent sur l'équivalence des solutions. Si la loi appliquée, généralement la loi du *for*, est équivalente à celle résultant du conflit de lois, le moyen tiré du défaut d'application d'office de la loi compétente est reconnu inopérant. On parle alors d'un accord procédural en invoquant des considérations d'économie de coûts et une façon de se soustraire à une certaine lourdeur procédurale. L'accord procédural peut même être implicite lorsque les parties, dans leurs écritures, ne concluent qu'en droit français (598). Cependant, dans ce cas, le juge peut toujours soulever d'office la règle de conflit de lois et appliquer la loi étrangère désignée (599).

Dans ce cas, il ne peut pas se contenter d'une mention abstraite ou d'un simple visa. Il a l'obligation de motiver l'interprétation du droit étranger retenu. Par une décision du 1er juillet 1997 (600), la Cour a cassé un arrêt de cour d'appel en précisant qu'« en se déterminant ainsi, alors que la loi sénégalaise précise que les administrateurs et le président du conseil d'administration sont responsables des fautes commises dans leurs fonctions, et en méconnaissant ainsi le sens littéral de cette loi au profit de l'interprétation donnée en droit interne à la loi française, dont les termes n'étaient pas d'ailleurs identiques, sans faire état d'aucune autre source de droit positif sénégalais donnant la disposition litigieuse le sens qu'elle attribue, la Cour d'appel a dénaturé la loi étrangère ».

Cette jurisprudence est cependant encore fragile et soulève des réserves. Il est en effet à craindre que le tempérament de l'équivalence offre aux juges du fond le moyen d'éluder la recherche du droit étranger. Par ailleurs, il existe parfois un intérêt commun des deux parties pour essayer de ne pas appliquer des règles dont la recherche du contenu et l'application peuvent être complexes, alors qu'une solution juste peut résulter de l'application du droit français (601).

À ce jour, il est difficile de dégager une solution tranchée du rôle du juge et des parties, d'autant plus que le critère lui-même n'est pas toujours clairement défini. En effet, un droit disponible est un droit dont les parties peuvent librement disposer. Or, la qualification, nécessairement selon la conception du *for*, est à nuancer. Ainsi, le droit de divorcer était considéré jusqu'à l'adoption du règlement Rome III comme un droit indisponible. Les choix offerts par le règlement aux parties pourraient demain le désigner comme loi disponible.

Une partie de la doctrine souhaite abandonner ce critère et encourage les juges à généraliser l'obligation d'appliquer d'office la règle de conflit. Il a été proposé que le juge aurait toujours l'opportunité de relever d'office l'existence d'une règle de conflit de loi et inviterait les parties, par l'intermédiaire de leurs avocats, à lui présenter leurs observations sur le droit applicable. Les parties auraient, de leur côté, l'obligation de conclure sur le droit applicable, que le juge trancherait (602). Une autre partie de la doctrine considère que l'application des

(596) Cass. 1re civ., 13 avr. 1999, *Cie royale belge : Rev. crit. DIP* 1999, p. 698. – Cass. 1re civ., 3 avr. 2001 : *Gaz. Pal.* 2001, no 347. – Cass. 1re civ., 11 janv. 2005 : *Rev. crit. DIP* 2005, p. 85. – Cass. 1re civ., 23 janv. 2007.

(597) Cass. 1re civ., 19 avr. 1988, no 85-18.715 : *Bull. civ.* 1988, I, no 104.

(598) Cass. 1re civ., 6 mai 1997, no 95-15.309.

(599) Cass. 1re civ., 2 mars 1960, no 1402 : *Bull. civ.* 1960, I, no 143.

(600) Cass. 1re civ., 1er juill. 1997, no 95-15.262, *Africatours : D.* 1998, jurispr. p. 104, note M. Menjucq.

(601) Table ronde sur le régime de la loi étrangère en France après les arrêts des 11 et 18 octobre 1988, Travaux comité fr. DIP, 1990-1991, p. 27.

(602) M.-L. Niboyet, *Droit international privé*, LGDJ, 6e éd.

règles européennes par le juge relève de l'autonomie procédurale des États membres, sous réserve de respecter les principes d'équivalence avec le droit national et de l'effet utile du droit européen (603).

Cette question n'est pas théorique, puisque nombre de règles de conflit de lois émanent de l'Union européenne, comme celles de Rome I, Rome II, Rome III, le règlement « Successions », le nouveau règlement sur les régimes matrimoniaux et partenariaux.

SOUS-TITRE II

Une source à consolider : la pratique notariale

CHAPITRE I Le rôle du notaire

Section I La pratique notariale en droit interne

1441 Le notaire, de par son activité quotidienne, contribue à ce que l'on appelle la pratique notariale. Cette notion a été très largement évoquée par Mme Sarah Torricelli-Chrifi, dans son ouvrage *La pratique notariale, source du droit* (604).

Les usages et une certaine standardisation des actes donnent naissance à la pratique notariale. Elle trouve son origine dans la formation notariale initiale et continue, mais aussi dans « une inspiration identique, issue de préoccupations communes » (605).

Ce terme peut être critiqué, car l'idée de standardisation est parfois rejetée. Cependant, il a le mérite d'induire une certaine consolidation, une cohérence et une sécurité juridique. Cette notion doit être distinguée de la rédaction, qui est un travail de précision apporté par chaque notaire sur le dossier qu'il gère. La pratique notariale est diffusée, portée par les instances de la profession et plus particulièrement par le Conseil supérieur du notariat, et aujourd'hui au niveau international par l'Union internationale du notariat (UINL), organisation non gouvernementale qui a pour but de « promouvoir, coordonner et développer la fonction et l'activité notariale dans le monde ». Elle sera présentée plus en détail dans la partie III (606).

La pratique notariale a une influence certaine sur la loi. Elle figure au rang des « forces créatrices du droit » (607).

Elle bénéficie de ces propres vecteurs, tels que le Congrès des notaires de France, pour faire remonter les propositions de la profession au législateur. Cette instance permet de produire une réflexion annuelle d'intérêt général issue de la pratique notariale, en contact quotidien

(603) M.-L. Niboyet, *Droit international privé*, LGDJ, 6e éd.
(604) Defrénois, coll. « Doctorat et Notariat », 2015, collection de thèses dirigée par B. Beignier.
(605) J. Audinet, *Réflexion sur la pratique notariale : JCP* 1957, no 1361, spéc. no 8.
(606) V. *infra*, no 1648.
(607) Formule de G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2e éd.

avec les citoyens. Après approbation des notaires congressistes, les propositions sont relayées aux pouvoirs publics et nombre d'entre elles sont adoptées par le législateur (608).

D'autres encore encouragent la profession à une meilleure homogénéité dans sa pratique quotidienne. À titre d'exemple, l'acte de notoriété est souvent mis en avant. Dès la fin du XIXe siècle, la pratique notariale a mis en place des actes destinés à identifier les successeurs et à préserver la preuve des qualités d'héritier pour une meilleure sécurité juridique. À l'origine, les notaires les dressaient en l'absence d'intitulé d'inventaire. Puis la jurisprudence relaya cette pratique. La Cour de cassation (609) imposa systématiquement l'acte de notoriété, même en présence d'intitulé d'inventaire. Cette pratique a été consolidée par la loi et les articles 730-1 et suivants du Code civil qui permettent au notaire d'établir cet acte à la demande d'un ou plusieurs héritiers. Enfin, la loi du 20 décembre 2007 (610) réserve aujourd'hui aux seuls notaires la compétence pour dresser cet acte.

Une autre illustration significative est celle de la copropriété. Face au développement de l'urbanisme, il a fallu trouver une nouvelle technique juridique pour sécuriser le droit de propriété. Le notariat a mis en place le règlement de copropriété, fruit de la concertation, de la mise en commun et de l'uniformisation par les instances notariales. Les techniques ont été évoquées lors du 55e Congrès des notaires de France à Bordeaux, en 1957. La loi qui consacra cette pratique a été adoptée le 10 juillet 1965 (611). De nombreux exemples pourraient être cités, comme la consécration de la clause alsacienne, la mise en place de la vente en l'état futur d'achèvement (612) ou la modification législative intervenue en 2007 sur le pacte civil de solidarité.

Le notaire a une obligation d'instrumenter, une obligation d'efficacité. Il doit proposer une solution et la bâtir face au silence de la loi. Cette obligation a une influence certaine sur la pratique notariale. Face aux demandes des parties, aux textes de droit parfois ambigus ou sujets à interprétation, le praticien a l'obligation de prendre parti. Il doit s'adapter aux besoins juridiques demandés par le client, en lui proposant une réponse juridique claire et sécurisante. Il utilise le pouvoir issu de la liberté contractuelle pour innover. Sa seule limite est l'ordre public.

Le notaire doit également faire face aux lois nouvelles en les interprétant si nécessaire. L'inflation législative et la multiplication exponentielle des textes de loi s'accompagnent souvent d'un manque de lisibilité et d'accessibilité. Le destinataire et le praticien sont parfois confrontés à leurs lots d'incertitudes. Il revient alors au notaire, et par l'uniformisation possible à travers les instances – à la pratique notariale – de trouver des solutions afin d'assurer l'efficacité et l'effectivité de la norme. Bruno Oppetit affirme dans son ouvrage sur la philosophie du droit que « l'enjeu ne réside pas dans un modèle idéal à réaliser, mais plutôt un ordre convenable à établir, de nature à régir le plus correctement possible les relations entre les hommes » (613).

La pratique notariale a une influence sur l'élaboration du droit, par sa collaboration avec le législateur et par l'obligation qu'il a d'appliquer au quotidien des dispositions législatives. Elle va parfois plus loin en palliant les textes lacunaires. Elle peut améliorer le droit existant

(608) Les suites législatives et réglementaires des propositions du Congrès des notaires de France de 1953 à 2014 sont consultables sur le site de l'ACNF : www.congresdesnotaires.fr.
(609) Cass. 1re civ, 18 févr. 1964 : *JCP* N 1964, II, 1391, note Espagne.
(610) L. no 2007-1787 : *JO* 21 déc. 2007.
(611) L. no 65-557, 10 juill. 1965.
(612) 63e Congrès des notaires de France, Clermont-Ferrand, 1965, *L'accession à la propriété dans la construction moderne*.
(613) B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999, p. 142.

afin d'apporter aux clients une réponse plus adaptée à leurs aspirations, le tout dans les limites de l'ordre public.

Section II La pratique notariale : une source en droit international privé ?

1442 La pratique notariale internationale peut-elle devenir source de droit ? Un parallèle peut être fait avec une autre source de droit international, la *lex mercatoria* (614).

La *lex mercatoria* est définie par B. Goldman (615) par les « règles transnationales que les partenaires des échanges économiques internationaux se donneraient progressivement à eux-mêmes, notamment dans le cadre de leurs organismes professionnels, et que les arbitres, contractuellement désignés pour résoudre leurs litiges, constatent et, par là même précisent, voire élaborent à leur intention ».

D'après cette analyse, la *lex mercatoria* est issue d'un fonds commun propre au milieu du commerce international et non de tel ou tel droit étatique ou interétatique. Elle accède à la « dignité » de règles de droit (616). Elle est parfois contestée par une partie de la doctrine, telle que M. Paul Lagarde qui ne voit dans ces « clauses » ou ces « combinaisons contractuelles » que « le simple usage par les parties de leur liberté contractuelle » (617).

Pour trancher cette question, il faut définir si la contrainte du milieu est forte. C'est le cas pour la *lex mercatoria*. Il faut aussi noter qu'elle a fait l'objet d'une reconnaissance prétorienne, notamment par l'arrêt *Valenciana* (618).

La pratique notariale internationale, comme la *lex mercatoria*, peut également être considérée comme une source. Ainsi, une généralisation des bonnes pratiques, uniformisées et diffusées par les instances notariales permet de constituer un « fonds commun propre au milieu notarial ». Elle répond à un besoin lié à la mondialisation de notre société et des échanges internationaux. Elle doit répondre aux besoins de nos clients, sans nécessiter l'intervention de l'ordre étatique ou interétatique. La pratique notariale est un formidable outil pour mettre en place des mécanismes facilitant l'accès des personnes à la justice. C'est aussi un des objectifs de la Commission européenne (619).

L'européanisation est un véritable défi pour la pratique notariale et le notaire doit être au centre de la relation entre la justice et le citoyen européen. Il doit développer une pratique notariale internationale. Il doit apprivoiser le droit de l'Union et le droit international et prendre sa place dans cet espace juridique. C'est non seulement une obligation, c'est aussi une véritable opportunité. Il a la possibilité de faire fonctionner les règles de l'Union comme il l'a fait depuis toujours pour les règles nationales.

(614) Analyse effectuée par C. Nourissat, *Traité du droit du commerce international, Introduction générale*, LexisNexis, 3e éd. 2019.

(615) B. Goldman, *Frontières du droit et* lex mercatoria *: Arch. phil. dr.* 1964, p. 177 ; *La lex mercatoria dans les contrats et les arbitrages internationaux, réalité et perspectives : JDI* 1979, p. 475. – V. égal. : B. Goldman, *Nouvelles réflexions sur la* lex mercatoria, *in* études P. Lalive, Helbing & Lichtenhehn, 1993, p. 241.

(616) B. Goldman, *La* lex mercatoria *dans les contrats et les arbitrages internationaux : JDI* 1979, p. 502.

(617) P. Lagarde, *Approche critique de la* lex mercatoria, in *Études Goldman*, Litec, 1982, p. 129.

(618) Cass. 1re civ., 22 oct. 1991 : *Rev. arb.* 1992, note P. Lagarde.

(619) Communications du président de la Commission José Manuel Barroso du 10 juin 2009, dans lesquelles figurent les priorités du programme de Stockholm qui fait suite à celui de La Haye.

Certains règlements européens mettent d'ores et déjà le notaire au centre de la relation et demandent son accompagnement. C'est le cas pour le règlement « Successions » du 4 juillet 2012, pour le règlement du 14 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux ou encore pour le règlement Rome III sur les divorces, qui permettent aux parties de retrouver une certaine liberté contractuelle.

Le notaire est un atout pour l'Union, par sa faculté de divulguer auprès des citoyens des textes européens et mondiaux, par la mise en œuvre et la diffusion d'une pratique notariale au niveau européen et mondial, par sa façon de proposer une application concrète des textes, tout en tenant compte du principe de proximité. Le développement des réseaux entre notaires de différents pays favorisera la généralisation de la bonne pratique. Les instances pourront l'encourager. Ce sera surtout le cas lorsque le notaire devra s'adapter devant des pratiques ou des législations inconnues de lui. Le droit international privé est un droit d'adaptation. Les bonnes pratiques devront être partagées entre notaires et divulguées au niveau international afin de mettre en place une pratique qui, comme la *lex mercatoria*, pourra prendre une place stratégique dans les sources de droit.

Le développement d'une pratique notariale internationale est donc une véritable opportunité pour renforcer le rôle du notaire. La détermination de chacun est nécessaire, à titre individuel, par son implication dans la formation puis dans la mise en œuvre au quotidien des règles de droit international privé.

Cette perspective est confortée par des réalisations notariales qui ont d'ores et déjà abouti. En effet, le règlement « Successions » du 4 juillet 2012, et plus particulièrement le certificat successoral européen, met en avant le rôle du notaire au niveau international. Par ailleurs, la réglementation sur le titre exécutoire européen et la mise en place du sceau notarial sécurisé démontrent la capacité du notariat à apporter des solutions concrètes et pratiques pour appuyer et sécuriser la réglementation européenne.

CHAPITRE II Des réalisations notariales

Section I Une source directe : le règlement « Successions »

L'action de la Commission européenne vise à rendre plus tangibles pour les citoyens les bénéfices de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. En matière de successions internationales, l'objectif a été de conférer plus de prévisibilité aux citoyens européens, face à la diversité des règles applicables lors du règlement d'une succession comportant un élément d'extranéité. Le premier considérant du règlement rappelle cet objectif : « L'Union s'est donné pour objectif de maintenir et de développer un espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes ». L'Union européenne a souhaité adopter des mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles transfrontalières. **1443**

Le processus de décision a été long. Le Conseil européen réuni à Tampere les 15 et 16 octobre 1999 a d'abord invité le Conseil et la Commission à adopter des mesures destinées à développer la coopération judiciaire. La Commission européenne a ensuite mis à jour son tableau de bord pour l'examen des progrès réalisés en vue de la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice dans l'Union européenne le 30 novembre 2000 en souhaitant : – « faire en sorte que le principe de reconnaissance mutuelle devienne la pierre

angulaire de la coopération judiciaire en matière tant civile que pénale au sein de l'Union » ;
– « prévoir une convergence accrue dans le domaine du droit civil afin de faciliter la coopération judiciaire et d'améliorer l'accès au droit ».

Puis le Conseil européen a pris une série de mesures dans son programme de La Haye des 4 et 5 novembre 2004, couvrant la période 2005-2010. Il a demandé la mise en place d'un livre vert sur le règlement des conflits de lois en matière de successions, traitant notamment de la question de la compétence judiciaire, de la reconnaissance mutuelle et de l'exécution des décisions dans ce domaine, et d'un certificat d'hérédité européen. Enfin, le Conseil européen réuni à Bruxelles les 10 et 11 décembre 2009 a adopté un programme pluriannuel, appelé « programme de Stockhom », qui prévoit de « renforcer la coopération entre les professionnels de la justice, améliorer leur formation et mobiliser des moyens pour supprimer les obstacles à la reconnaissance des décisions juridiques dans d'autres États membres ». Ainsi que l'explique Me Edmond Jacobi, qui faisait partie du groupe d'experts chargé de travailler sur le projet de règlement européen (620), les travaux préparatoires conduits par le *Deutsches Notariat Institut* à Würzburg sous la direction des professeurs Paul Lagarde et Heinrich Dörner, sous l'influence des notariats allemand, italien (621) et français qui connaissaient déjà le certificat d'hérédité (en France dans les départements d'Alsace et de la Moselle) ont été instigateurs de la réflexion politique.

Sans aborder le fonctionnement de ce certificat, qui est étudié par la troisième commission (622), il s'agit d'analyser comment le règlement donne aux notaires un rôle central en matière successorale.

Sous-section I Faciliter la circulation des décisions judiciaires en matière successorale

1444 L'acte de notoriété est déjà reconnu très largement dans l'Espace européen lorsqu'il a été établi dans des conditions proches du droit du *for*. C'est le cas pour les actes belges, allemands, autrichiens suisses, luxembourgeois (623).

Cependant, le règlement renforce la circulation des actes authentiques dans la mesure où il supprime toute procédure de légalisation en matière successorale. Par ailleurs, les articles 59 et 60 du règlement précisent que les actes authentiques établis dans un État membre ont la même force probante dans un autre État membre que dans l'État membre d'origine ou y produisent les effets les plus comparables. Enfin, un acte authentique qui est exécutoire dans l'État membre d'origine est déclaré exécutoire dans un autre État membre, à la demande de toute partie intéressée. Le règlement, en prévoyant que l'acte authentique relevant de la matière successorale circule librement, le place au centre de la construction européenne et démontre ainsi la confiance donnée par les institutions dans la pratique notariale.

Sous-section II Le certificat successoral européen

1445 Le règlement a adopté le certificat successoral européen. Innovation capitale, il permet de prouver sa qualité d'héritier ou de légataire dans un autre pays de l'Union européenne

(620) E. Jacobi, *Le certificat successoral européen et le rôle du notaire : JCP* N 6 mai 2016, nº 18, 1137.
(621) Notamment sous l'influence de Me Damacelli.
(622) V. *infra*, nº 3440.
(623) M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 9e éd. 2014, nº 968.

partie au règlement et d'exercer ses droits dans tous les pays de l'Union européenne. Il permet d'accélérer et d'uniformiser le règlement d'une succession au niveau européen.

Il entre dans les objectifs de l'action européenne de faire en sorte que les héritiers puissent faire valoir leurs droits partout en Europe. L'article 64 du règlement édicte que : « Le certificat est délivré dans l'État membre dont les juridictions sont compétentes en vertu de l'article 4, 7, 10 ou 11 ». L'autorité émettrice est :

« *a)* Une juridiction (...)

b) Une autre autorité qui, en vertu du droit national, est compétente pour régler les successions ».

Le décret n° 2015-1395 du 2 novembre 2015 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière de successions transfrontalières a ajouté une section VIII au Code de procédure civile en édictant que « le certificat successoral européen (...) est délivré à la demande de tout héritier, (...) par un notaire conformément à la procédure définie par les articles 5 à 67 de ce règlement ».

Cette nouvelle compétence attribuée au notaire français s'apparente à une juridiction gracieuse. S'il est saisi, le notaire a un rôle actif d'investigation : enquêtes, citations, accès aux juridictions compétentes des autres États avec la mise en place d'une coopération judiciaire réciproque. Il peut, s'il le juge utile et suffisant, se baser uniquement sur une affirmation sacramentelle des héritiers. Il a également compétence pour rectifier ou retirer un certificat successoral européen, soit d'office, soit sur requête d'une personne ayant un intérêt légitime. Il a une obligation de motiver sa décision puisque l'article 72 du règlement prévoit également que toute personne habilitée peut former un recours contre toute décision rendue par l'autorité émettrice.

L'interconnexion des registres des dernières volontés mise en place par l'Association du réseau européen des registres testamentaires (ARERT), décrite dans la partie III (624), permet aux notaires européens de connaître le nom de l'autorité ayant délivré le certificat successoral européen.

Le droit de l'Union européenne confère une mission aux notaires. Le règlement « Successions » permet de renforcer son rôle. Il met aujourd'hui en œuvre les nouvelles règles européennes. Sa fonction se diversifie dans le cadre de la construction de l'espace judiciaire européen. Il ne reste plus aux notaires qu'à développer cette pratique.

Section II Une source indirecte : le sceau notarial sécurisé et le titre européen exécutoire

Sous-section I La création du sceau notarial sécurisé (SNS)

1446 Le SNS est une création purement notariale de l'Union internationale du notariat (UINL). L'objectif de départ était de faciliter la circulation des actes authentiques tout en garantissant la sécurité sur l'origine de l'acte et de faire face aux phénomènes de circulation de faux actes ou de fausses copies authentiques d'actes liés à la mondialisation des marchés, à la

(624) V. la description de l'ARERT *infra*, n° 1678.

croissante mobilité des personnes et à la suppression progressive de toute forme de légalisation ou d'apostille qui pourraient nuire à la sécurité juridique. Une résolution a été adoptée par l'Assemblée des notariats membres tenue à Alger le 18 octobre 2012 par onze pays pilotes : l'Argentine, la Belgique, la Colombie, l'Espagne, la France, l'Italie, le Mali, la République de Macédoine du Nord, le Portugal, le Sénégal, la Turquie. Aujourd'hui, le projet SNS est ouvert aux quatre-vingt-huit notariats membres de l'UINL. Le système est basé sur la libre participation des notariats membres de l'UINL, signataires d'une charte d'adhésion, et est valable pour les actes destinés à l'étranger et dans le pays dans lequel ils ont été établis. Les notaires intéressés doivent être validés par leur notariat national qui communique avec l'UINL. Afin de garantir l'intégrité matérielle des actes, a été créé un sceau spécial, autoadhésif et non falsifiable, de haute sécurité, qui se colle sur chaque feuille de chaque page de l'acte ou de la copie. Le système est conçu pour empêcher le décollage et la réutilisation frauduleuse du sceau. Le sceau est fabriqué avec un papier de sécurité conçu avec des mesures de haute sécurité qui contiennent une numérotation séquentielle, composée de chiffres ou de lettres, qui identifie le notaire rédacteur. Le destinataire de l'acte a la possibilité de consulter une base (625) et de vérifier ainsi si le sceau apposé est bien attribué au notaire rédacteur de l'acte. Il pourra obtenir les données d'identification des notaires (prénom et nom de famille, notariat national, siège social, adresse, code postal, téléphone, fax, e-mail). Il peut aussi lire le code QR (code carré sur le côté droit de la garniture) avec un smartphone ou une tablette munis d'une application. Le coût du sceau notarial sécurisé est modique. À noter que ce système est destiné à identifier le notaire rédacteur et ne remplace en aucun cas la légalisation ou l'apostille. Ce système est peu développé en France. La généralisation de l'acte authentique électronique en est une des raisons. Plus particulièrement, la question de la circulation de faux actes ne se pose guère. Cependant, ce système est utile pour beaucoup de notariats qui l'utilisent pour offrir aux citoyens une garantie de sécurité, mise en place par le notariat lui-même, sans intervention des gouvernements nationaux.

Sous-section II Le titre européen exécutoire

1447 Le règlement n° 805/2004 du Parlement et du Conseil du 21 avril 2004 (626) portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées est entré en vigueur le 21 octobre 2005. Il a pour objectif de créer un titre exécutoire européen pour les créances incontestées en vue d'assurer la libre circulation des décisions, des transactions judiciaires et des actes authentiques dans tous les États membres, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une procédure intermédiaire dans l'État membre d'exécution préalablement à la reconnaissance et à l'exécution.

Il vise uniquement les matières civiles et commerciales (art. 2), à l'exclusion du droit des personnes, de la famille, des régimes matrimoniaux, des testaments et successions, des faillites et procédures assimilées, de la sécurité sociale, de l'arbitrage et des matières fiscale, administrative ou douanière. Il s'applique seulement pour les créances pécuniaires, incontestées et exécutoires dans l'État d'origine, contenues dans une décision de justice, une transaction judiciaire ou un acte authentique.

(625) www.uinlsns.com
(626) www.eur-lex.europa.eu

L'article 4 précise la notion d'acte authentique. L'authenticité doit porter sur la signature et le contenu de l'acte authentique. Il doit avoir été établi par une autorité publique ou toute autre autorité habilitée par l'État membre d'origine, ce qui est bien entendu le cas pour le notaire français.

La délivrance du titre exécutoire européen dans l'État membre d'origine supprime l'obligation d'*exequatur*. L'acte est reconnu et exécuté dans tous les autres États membres. Cette suppression du contrôle dans l'État d'exécution est remplacée par un contrôle dans l'État membre d'origine.

Le règlement a laissé le soin aux États membres de désigner l'autorité compétente pour délivrer le titre exécutoire européen. Le décret n° 2008-484 du 22 mai 2008 a confié cette mission au notaire. Il a modifié l'article 509 du Code de procédure civile qui prévoit que : « Par dérogation à l'article 509-1, les requêtes aux fins de certification des actes authentiques notariés en vue de leur exécution à l'étranger en application du règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées sont présentées au notaire ou à la personne morale titulaire de l'office notarial conservant la minute de l'acte reçu ».

Le site « www.justice.europa.eu » donne accès à un outil nommé « Atlas judiciaire européen en matière civile », qui prodigue des informations pratiques et un accès aux formulaires nécessaires pour la délivrance du titre exécutoire européen. L'établissement de ce certificat à l'aide du formulaire prérempli est simple et rapide.

Les mises en œuvre de ce certificat dans le domaine notarial sont nombreuses. On peut par exemple citer la signature d'un bail commercial et le versement de loyers sur sa durée légale. Par anticipation – comme cela est d'ailleurs pratiqué avec la délivrance de la copie exécutoire –, le notaire précise dans l'acte authentique que les parties le requièrent de délivrer un titre exécutoire européen, et il en leur fait préciser le montant de la créance. Dans le cadre d'un bail commercial, il pourrait s'agir du montant cumulé des loyers sur neuf ans. Cette réquisition et sa délivrance peuvent également être envisagées lors de la signature d'une promesse unilatérale de vente, afin de garantir au promettant le versement par le bénéficiaire de l'indemnité d'occupation lorsque ce dernier n'est pas domicilié en France. Le titre exécutoire européen portera alors sur le montant de l'indemnité. Ce passeport européen de l'acte authentique est remis au créancier avec la copie exécutoire ; le créancier qui ira allant ensuite trouver l'agent en charge de l'exécution dans le pays concerné. En effet, les procédures d'exécution restent nationales.

Le titre exécutoire européen est un véritable sésame pour l'acte authentique sur tout le territoire de l'Union européenne. En donnant compétence au notaire lui-même pour délivrer ce titre, le législateur a accordé sa confiance au notariat français. Il a renforcé sa mission au niveau international. Le notaire français doit aujourd'hui adapter sa pratique et conforter le rôle qu'a souhaité donner le législateur à l'acte authentique.

TITRE III

Le droit de l'Union européenne

1448 Parler du droit de l'Union européenne, c'est en fait parler du droit applicable en France. La grande majorité du droit positif en France est issue des textes adoptés par les institutions de l'Union européenne.

Les actes de l'Union européenne priment le droit national et certains actes ont un effet direct sur les individus. Il est essentiel que le notaire, en tant que praticien du droit, maîtrise ces textes et puisse les appliquer à la lumière de la jurisprudence des deux juridictions européennes : la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne

Appliquer ces textes passe non seulement par la connaissance de ses institutions et de leur fonctionnement **(Sous-titre I)**, mais également par celle de la construction de la règle de droit européen **(Sous-titre II)**.

Avant de parler de ses institutions et de leur droit, un rappel de la naissance de l'Union européenne s'avère nécessaire pour mieux la comprendre.

SOUS-TITRE I

Les institutions et les organes communautaires

CHAPITRE I Historique du droit de l'Union européenne

Section I De la création des institutions européennes dans un contexte mondial

1449 Victor Hugo, dans son discours prononcé au Congrès de la Paix en 1849, rêvant de paix universelle, proposait la création des « États-Unis d'Europe » pour mettre fin à toutes les guerres.

Aux XVIII^e^ et XIX^e^ siècles, des sociétés pour la préservation de la paix se constituent à New York, Londres et Genève. En 1892, à Berne, est créé le Bureau international de la Paix. Des conférences internationales de la paix se tiennent à La Haye de 1899 à 1907, qui aboutissent à la création de la **Cour d'arbitrage internationale de La Haye**.

Malgré cette volonté de paix, l'Europe ne parvient pas à cet objectif et la Première Guerre mondiale éclate.

Woodrow Wilson, président des États-Unis, avait exposé dans son discours du 8 janvier 1918 devant le Sénat, en quatorze points, les buts de la guerre des alliés. Le quatorzième

point portait sur « la création d'une association globale de nations avec des engagements spécifiques garantissant une indépendance politique et une intégrité territoriale mutuelle identique à tous les pays grands ou petits pour éviter une guerre à l'avenir ». Ce discours faisait suite à celui donné devant le Sénat le 22 janvier 1917, dans lequel il appelait à une paix sans victoire, discours non suivi. Les États-Unis rejoignent finalement l'entente franco-britannique par déclaration du président Wilson du 6 avril 1917 compte tenu de la décision allemande de reprendre la guerre sous-marine.

Les vainqueurs de la guerre organisent alors une Conférence de Paix à Paris, dont le but est de négocier les traités de paix avec les vaincus. Cette conférence débute le 18 janvier 1919. Le 25 janvier 1919, les participants à cette conférence acceptent la création de la Société des Nations. La fin de la Première Guerre mondiale est formalisée par la signature d'un traité à Versailles le 28 juin 1919 entre l'Allemagne et les alliés, lequel traité donne également naissance à la **Société des Nations (SDN)**.

Aristide Briand, chef du gouvernement français, présente en 1929, à Genève, un projet **1450**
d'organisation européenne à la Société des Nations. Mais la Seconde Guerre mondiale éclate.

Le président des États-Unis Franklin Delano Roosevelt et le Premier ministre britannique Winston Churchill signent à bord du cuirassé *Prince of Wales*, le 14 août 1941, une série de principes moraux pour un monde meilleur, appelée « la Charte de l'Atlantique ». S'ensuit une rencontre à Washington réunissant les États-Unis, la Grande-Bretagne, l'URSS et la Chine aux termes de laquelle est signée la Déclaration des Nations unies. Vingt-deux autres États signeront cette déclaration dont le but, dans la continuité de la Charte de l'Atlantique, est l'effort commun de guerre et un engagement de ne pas signer de paix séparée (627).

Une conférence Arcadia se tient à Washington du 22 décembre 1941 au 14 janvier 1942, au cours de laquelle l'Allemagne est identifiée comme l'ennemi à combattre. Le 1er novembre 1943, se réunissent à Moscou, l'URSS, les États-Unis et la Grande-Bretagne pour mettre en place une organisation internationale pour assurer la paix et la sécurité internationales. Le 21 août 1944 s'ouvre la conférence dans l'hôtel particulier de Dumberton Oaks à Washington, avec l'URSS, les États-Unis, la Grande-Bretagne et la Chine, aux termes de laquelle les principes d'une Organisation des Nations unies sont adoptés jusqu'au 7 octobre 1944 : la création d'un conseil de sécurité chargé d'assurer la paix mondiale, d'une assemblée générale composée des représentants des États membres, d'un Conseil économique et social et d'une Cour internationale de justice.

Cinquante et un États participent à la Conférence de San Francisco qui débute le 25 avril 1945 et, après des semaines de discussions, le 26 juin 1945 **la Charte des Nations unies** est signée. Cette charte divise l'union en **six organes** : l'Assemblée générale, le Conseil de sécurité, le Conseil économique et social, le Conseil de tutelle, la Cour internationale de justice et le Secrétariat général.

(627) Vingt-six signataires originaires : les États-Unis d'Amérique, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, l'Union des Républiques socialistes soviétiques, la Chine, l'Australie, la Belgique, le Canada, le Salvador, le Guatemala, le Honduras, le Luxembourg, la Nouvelle-Zélande, la Norvège, la Pologne, la Yougoslavie, le Costa Rica, Cuba, la Tchécoslovaquie, la République dominicaine, la Grèce, Haïti, l'Inde, les Pays-Bas, le Nicaragua, le Panama et l'Union sud-africaine.
Pays adhérents par la suite : le Mexique, la Colombie, l'Iraq, l'Iran, le Libéria, le Paraguay, le Chili, l'Uruguay, l'Égypte, la Syrie, la France, les Philippines, le Brésil, la Bolivie, l'Éthiopie, l'Équateur, le Pérou, le Venezuela, la Turquie, l'Arabie saoudite, le Liban.

À la même période, des résistants à la guerre s'organisent et publient le 7 juillet 1944 à Genève la **Déclaration des résistances européennes** (628). Cette déclaration est un projet de fédération d'États européens dont le but est de garantir la paix et de reconstruire économiquement une Europe sans nationalisme et sans protectionnisme et en y intégrant l'Allemagne. Pour cela, chaque État doit abandonner sa souveraineté au profit de l'Union, laquelle aura pour mission de protéger le territoire et d'assumer la politique extérieure. L'union fédérale, quant à elle, serait dotée de trois organes :

- un gouvernement responsable à l'égard de chaque État membre ;
- une armée sous la direction de ce gouvernement ;
- un tribunal suprême chargé de juger les différends entre les États ou entre la Fédération et les États.

La guerre froide prend le relais, et les alliances se créent. Le besoin de s'unir pour faire face au bloc soviétique devient une évidence.

Robert Schuman, Konrad Adenauer, Alcide de Gaspéri et Winston Churchill ont endossé ce rôle de convaincre leurs peuples d'adhérer à une organisation structurée de l'Europe de l'Ouest.

1451 Pour aider les pays européens à se reconstruire, dans son discours prononcé le 5 juin 1947 à l'Université Harvard de Cambridge (Massachusetts), Georges C. Marshall, secrétaire d'État aux États-Unis, propose un plan d'aide financière (le *Plan Marshall*) mais demande aux pays européens de s'organiser pour la distribution de cette aide entre eux.

Les seize pays qui ont accepté ce plan – l'Autriche, la Belgique, le Danemark (avec les îles Féroé et le Groenland), la France, la Grèce, l'Irlande, l'Islande, l'Italie (et Saint-Marin), le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal (avec Madère et les Açores), le Royaume-Uni, la Suède, la Suisse (avec le Liechtenstein) et la Turquie – signent à Paris le 16 avril 1948, une convention créant l'**Organisation européenne de coopération économique (OECE)**.

1452 La reconstruction des pays doit également se faire par la réconciliation. Ainsi, dans son discours prononcé à l'Université de Zurich le 19 septembre 1946, Winston Churchill (629) annonce qu'il y a un remède aux maux de l'Europe. Selon lui, le remède se trouve dans la reconstitution de la famille européenne ; pour que celle-ci puisse vivre dans la paix, la sécurité et la liberté, il faut créer des « États-Unis d'Europe », la première étape de la recomposition de cette famille étant l'entente franco-allemande. L'Europe doit être dotée d'une structure régionale placée sous l'Organisation des Nations unies.

1453 Robert Schuman, ministre des Affaires étrangères français, reprenant une idée de Jean Monnet, propose dans son discours du 9 mai 1950, pour aboutir à l'objectif d'une union pacifique européenne, de créer progressivement cette Europe. Il faut commencer par des secteurs limités, des secteurs économiques, pour créer des solidarités de fait, et sur ces secteurs il faut concentrer des moyens juridiques, matériels et humains. Puis il faut élargir ce système à d'autres secteurs économiques et techniques jusqu'à aboutir à l'existence d'une union économique générale. Dans un second temps, la même méthode devra être appliquée à la politique pour aboutir à une union politique commune.

1454 Ainsi la première étape que Robert Schuman propose est de mettre en commun toute la production de charbon de la France et de l'Allemagne dans une **« Communauté euro-**

(628) H. Michel et B. Mirkine-Guetzévitch, *Les idées politiques et sociales de la Résistance*, Paris, PUF, 1954.

(629) Winston Leonard Spencer-Churchill : homme d'État britannique, né le 30 novembre 1874 au Royaume-Uni et mort le 24 janvier 1965 à Londres. Premier ministre du Royaume-Uni de 1940 à 1945 durant la Seconde Guerre mondiale. Prix Nobel de littérature.

péenne du charbon et de l'acier » (CECA), laquelle organisation resterait ouverte aux pays d'Europe. Cette communauté serait placée sous une autorité commune, la Haute Autorité. Le gouvernement français négocie (à la tête des négociateurs se trouve Jean Monnet) avec ses partenaires (l'Allemagne, l'Italie, la Belgique, les Pays-Bas et le Luxembourg) l'organisation et le fonctionnement de la future CECA. L'idée est de créer des institutions pour contrebalancer le pouvoir de la Haute Autorité, à savoir la création d'un organe intergouvernemental « le Conseil des Ministres », d'une assemblée commune pour représenter les peuples et également d'une Cour de justice pour traiter les différends.

Le Traité instituant la CECA et la Haute Autorité sera signé le 18 avril 1951 à Paris entre les six pays susvisés, et entrera en vigueur le 23 juillet 1952 pour une durée de cinquante ans (il est expiré depuis le 23 juillet 2002). Ce traité prévoit la création de quatre institutions :

- une **Haute Autorité**, assistée d'un comité consultatif, qui représente l'intérêt général de la Communauté composée de neuf membres dont l'un est coopté, pour une durée de six ans ;
- une **Assemblée commune**, qui représente les peuples des États membres, composée de soixante-dix-huit délégués issus des parlements nationaux, et qui dispose d'un pouvoir de contrôle ;
- un **Conseil spécial des Ministres**, organe intergouvernemental, qui représente les États membres, et composé d'un représentant par État ;
- une **Cour de justice**, instance de contrôle, comprenant sept juges nommés par les gouvernements pour veiller à l'application du traité.

Pour la première fois une organisation sera supérieure aux États, donnant naissance à la supranationalité, c'est-à-dire à un transfert de souveraineté par les États au profit d'une institution européenne. La méthode communautaire est née.

Malgré une discussion non tranchée sur la question des sièges de ces institutions, la Haute Autorité, le Conseil spécial des Ministres et la Cour de justice s'installeront à Luxembourg et l'Assemblée commune à Strasbourg.

1455 Ce marché commun apporte une croissance économique à l'Europe et une paix tant attendue. Il est alors proposé deux autres communautés : la Communauté européenne de défense (CED) et la Communauté politique européenne (CPE). La CED est rejetée par la France en 1954. Le Parlement européen (chambre parlementaire de la CECA) prépare un traité pour la CPE, sans succès. Jean Monnet démissionne de la Haute Autorité. La crise de Suez provoque une pénurie énergétique et Jean Monnet, président du Comité d'actions pour les États-Unis d'Europe finissant toujours son mandat, propose pour avoir une auto-suffisance énergétique de mettre en commun l'énergie atomique.

Les six États membres de la CECA signent alors à Rome, le 25 mars 1957, le Traité instituant la **Communauté européenne de l'énergie atomique (Traité CEEA ou Euratom)** et le Traité instituant **la Communauté économique européenne (Traité CEE)**.

La CEE devait installer une union douanière et l'Euratom devait gérer la coopération en matière énergétique.

Parallèlement s'est créée en 1960, par la signature de la convention de Stockholm, une **Association européenne de libre-échange (AELE)**, organisation intergouvernementale dont les quatre États membres sont l'Islande, le Liechtenstein, la Norvège et la Suisse. L'AELE, dépourvue de toute velléité politique, vise à promouvoir le libre-échange et l'intégration économique en éliminant les droits de douane sur les produits industriels entre ses membres.

1456 La CEEA a pour mission de développer cette source d'énergie, d'une part pour gagner de l'autonomie à l'égard des États Unis alors en avance tant sur le plan scientifique qu'industriel, d'autre part comme solution à la pauvreté en minerais de l'Europe.

La CEEA met en place « l'Agence des approvisionnements », organe doté de la personnalité juridique, disposant d'un monopole d'achat de la production des matières nucléaires au sein de la Communauté et chargée de négocier les transactions avec les États étrangers ou agences étrangères. Cette agence revend ensuite aux utilisateurs en respectant le principe d'égal accès à la ressource. La Communauté met en place un système de contrôle rigoureux en liaison avec l'Agence internationale de l'énergie atomique (AIEA). Ce traité tombera lentement en désuétude et l'incident de Tchernobyl y portera le dernier coup.

1457 S'agissant de la CEE, le traité constitutif a pour objectif de créer une zone économique unique pour l'ensemble des États membres. Deux schémas d'organisation internationale étaient connus: la zone de libre-échange et l'union douanière. La CEE va plus loin, elle institue non seulement une élimination des droits de douane entre États membres et un tarif commun pour l'extérieur, mais aussi une zone de libre circulation pour les facteurs de production (marchandises, personnes, services et capitaux).

Ce traité envisage trois politiques communes supranationales : la politique commerciale, la politique agricole et la politique des transports. Sur un plan plus global, l'ancien article 145 CEE donne une compétence générale au Conseil pour assurer la coordination des politiques économiques des États membres. Après plusieurs plans d'union économique, un système monétaire européen est mis en place en 1979.

La CEE disposait de ses propres institutions sur le modèle de la CECA :
- la Commission : organe exécutif supranational qui disposait du pouvoir d'initiative. Elle sera fusionnée en 1967 avec les exécutifs de la CECA et de l'Euratom pour devenir la Commission européenne ;
- le Conseil des Ministres : organe intergouvernemental qui disposait du pouvoir décisionnel ;
- une assemblée parlementaire : commune aux trois communautés CECA, CEE et Euratom et qui était composée de représentants nationaux désignés par leur parlement. Basée à Strasbourg, cette assemblée deviendra le Parlement européen, qui dispose du pouvoir de contrôle politique de la Commission et du pouvoir consultatif ;
- une Cour de justice, basée à Luxembourg ;
- une Cour des comptes européenne créée en 1975.

La CEE créa quant à elle, en 1962 un niveau commun des prix des produits agricoles nommée « politique agricole commune » (PAC) et supprima en 1968 les droits de douane pour un certain nombre de produits.

En 1967, la CECA et l'Euratom ont fusionné dans la CEE et les trois institutions étaient appelées Communautés européennes. Ces trois communautés partageaient déjà l'assemblée parlementaire et la Cour de justice.

Le 1er janvier 1973, après avoir été refusés dans un premier temps, le Royaume-Uni, l'Irlande et le Danemark rejoignent les communautés et ainsi les membres atteignent le nombre de neuf. Le 1er janvier 1981, la Grèce devient le dixième membre, le 1er janvier 1986 l'Espagne et le Portugal deviennent les onzième et douzième membres. La Turquie est candidate à l'adhésion en 1987.

S'agissant de la zone de libre circulation, un accord est signé à Schengen, le 14 juin 1985, entre cinq pays membres : l'Allemagne de l'Ouest, la France et les pays du Benelux (Belgique, Pays-Bas et Luxembourg), permettant aux personnes de circuler librement dans cette zone sans contrôle aux frontières.

1458 En vue des prochaines adhésions, les ministres des Affaires étrangères ont signé les 17 et 28 février 1986 respectivement à Luxembourg et à La Haye, l'**Acte unique européen (AUE)**.

La Commission européenne, sous la présidence de Jacques Delors, relance le processus d'intégration, le but final étant d'avoir non seulement un marché unique, mais aussi une union politique. Jacques Delors et Francis Cockfield recensent dans le livre blanc tous les obstacles à la libre circulation des personnes et des marchandises et proposent des mesures pour les faire tomber. Ces obstacles sont de trois sortes : obstacles physiques constitués par les contrôles aux frontières ; obstacles techniques induits par les différences de législation entre les États membres pour les techniques et les procédés de production, de commercialisation et distribution ; obstacles fiscaux qui sont la conséquence des différents taux de TVA et d'accises. Pour faciliter l'harmonisation, l'Acte unique assouplit non seulement les procédures, mais introduit également le principe de reconnaissance mutuelle.

L'AUE introduit le processus d'intégration positive et met en place trois politiques nouvelles : une politique de cohésion économique et sociale, une politique d'environnement et une politique de recherche et de développement technologique.

La politique de cohésion économique et sociale ambitionne d'effacer les déséquilibres entre les pays en aidant les pays les plus pauvres.

La politique d'environnement incluant également la santé publique s'introduit dans toutes les autres politiques par les concepts nouveaux de clause d'intégration et de principe de subsidiarité.

En 1991, l'Espace économique européen est créé et les règles du marché commun s'appliquent également à l'AELE.

Les marchandises circulent librement dans le marché unique et les dotations financières s'intensifient, créant une meilleure cohésion économique et sociale.

Une convention pour organiser l'ouverture des frontières des pays signataires de l'accord de Schengen est signée le 19 juin 1990 et entre en vigueur le 26 mars 1995 (630).

La Commission voit ses pouvoirs d'exécution étendus avec un retour au vote à la majorité qualifiée, et le Parlement participe au pouvoir législatif avec la procédure de coopération.

Le 7 février 1992, les douze États membres de la CEE signent le **traité de Maastricht**, entré en vigueur le 1er novembre 1993, établissant l'**Union européenne (UE)**. En 1995, l'Autriche, la Suède, la Finlande rejoignent l'Union européenne, qui passe alors à quinze membres. **1459**

L'Union européenne comprend trois piliers :
- les Communautés européennes (CE) ;
- la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) ;
- la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures (CJAI).

Les États membres coopèrent pour coordonner leur politique économique, guidés par le Conseil qui donne les grandes orientations. Un pacte de stabilité et de croissance est adopté au Conseil européen d'Amsterdam les 16 et 17 juillet 1997 pour coordonner les politiques budgétaires nationales et surveiller et contrôler les déficits excessifs.

(630) 26 mars 1995 : Allemagne, Belgique, France (avec des restrictions jusqu'en mars 1996), Luxembourg, Pays-Bas, Portugal et Espagne ; 26 octobre 1997 : Italie ; 1er décembre 1997 : Autriche ; 8 décembre 1997 : Grèce. Ce dernier pays n'applique l'accord que dans les aéroports et les ports (principalement liaisons entre Igoumenitsa et différents ports italiens), n'ayant pas de frontières terrestres avec un autre État appliquant les accords de Schengen. De plus, ce pays n'applique pas la convention de Schengen pour les ressortissants de la République de Macédoine du Nord ; 25 mars 2001 : Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède ; 21 décembre 2007 : Estonie, Lettonie, Lituanie, Pologne, République tchèque, Slovaquie, Hongrie, Slovénie et Malte ; 12 décembre 2008 : Suisse ; 19 décembre 2011 : Liechtenstein.

L'union monétaire doit se faire en trois étapes : une phase préparatoire de mise en place des conditions de base de la circulation des capitaux et de la convertibilité des monnaies de 1990 à 1994, une phase de contrôle pour chaque État membre de son plan budgétaire de 1994 à 1999, et une dernière phase de bascule dans la nouvelle monnaie en 1999 si les critères de convergences sont au vert. En mai 1998, le Conseil établit la liste des onze pays qui passeront à l'euro à partir du 1er janvier 1999. La Banque centrale européenne est créée pour gérer la monnaie européenne. Les particuliers, après une période transitoire de coexistence de leur monnaie nationale et de la monnaie européenne, ne connaîtront que l'euro qu'à partir du 1er janvier 2002.

Aujourd'hui dix-neuf pays utilisent l'euro comme monnaie (631).

1460 Après une très longue conférence intergouvernementale, le **traité d'Amsterdam** est signé le **2 octobre 1997** et entre en vigueur le 1er mai 1999. Ce traité vient modifier le traité de Maastricht, tout en conservant le système des trois piliers. Il affirme les principes de liberté, de démocratie et des droits de l'homme.

Il prévoit la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice. Il intègre la convention de Schengen, transférant ainsi le contrôle de l'immigration, les visas, le droit d'asile et la coopération judiciaire en matière civile aux institutions européennes.

La politique étrangère de sécurité commune est dotée d'un haut représentant et d'une unité de planification de la politique et d'alerte rapide. Cette unité est composée de spécialistes venant de chaque pays membre, du Conseil des Ministres de l'Union européenne, de la Commission européenne et de l'Union de l'Europe occidentale.

Le Conseil de l'Union européenne, la Commission européenne, le Parlement européen et la Cour de justice sont désormais tous compétents pour connaître des questions liées à la circulation des personnes, au travail, à la police.

Le Conseil et le Parlement européens décident ensemble de la plupart des textes législatifs, et la règle n'est plus l'unanimité (sauf pour les affaires constitutionnelles et les questions sensibles).

Le non-respect des principes de la démocratie et des droits fondamentaux prévus à l'article 6 du Traité sur l'Union européenne est sanctionné par la suspension de certains droits (comme le droit de vote) de l'État fautif (art. 7 TUE).

1461 Le **26 février 2001**, un nouveau **traité est signé à Nice** pour améliorer le fonctionnement des institutions compte tenu de l'élargissement atteint par l'Union européenne et de l'élargissement à venir.

Les pouvoirs de codécision du Parlement sont étendus. Un système de pondération de voix est introduit au niveau du Conseil des Ministres. Chaque État a un nombre de voix en fonction de sa population pour le vote à la majorité qualifiée. Par ailleurs, pour qu'une décision soit adoptée, il faut au moins 255 voix sur 347 pour vingt-sept membres, et que la majorité des États ait voté pour la décision. Même avec ces deux critères réalisés, un État peut demander une troisième condition : que la majorité qualifiée représente 62 % de la population européenne.

Le vote à la majorité qualifiée est étendu à de nombreux domaines.

La Commission européenne est représentée par un commissaire par État. Le président, désormais élu à la majorité qualifié par le Conseil des Ministres après approbation du

(631) Allemagne, Autriche, Belgique, Espagne, Finlande, France, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, rejoints par la Grèce en 2001, par la Slovénie en 2007, par Chypre et Malte en 2008, par la Slovaquie en 2009, par l'Estonie en 2011, par la Lettonie en 2014 et par la Lituanie en 2015.

Parlement européen, voit ses pouvoirs renforcés. Le président organise, gère les mandats, peut demander la démission des commissaires.

Les compétences entre la Cour de justice et le Tribunal de première instance sont modifiées afin de raccourcir les délais de jugements.

La Cour des comptes comporte un représentant de chaque État.

Pour passer à une coopération renforcée, le traité de Nice réduit le nombre d'États à huit.

Le Conseil peut désormais adresser des recommandations en cas de risque d'atteinte aux droits fondamentaux. Lors des conseils européens de Cologne et de Tampere (1999), les États membres décident de créer un organisme appelé « Convention », composé majoritairement de chefs d'État et de gouvernement, dont la mission est de proposer une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cette charte a été proclamée lors du Conseil européen de Nice des 7 et 11 décembre 2000, conseil lors duquel a été également adoptée la Déclaration sur l'avenir de l'Union. Cette déclaration, reprise également lors du Conseil de Laeken en décembre 2001, s'articule autour de quatre thèmes : l'intégration de la Charte des droits fondamentaux dans les traités, la simplification des traités, la question des compétences au regard du principe de subsidiarité et le rôle des parlements nationaux dans l'Union européenne. Il est également évoqué lors de ce dernier conseil l'idée d'une constitution européenne.

Ce travail sera confié à Valéry Giscard d'Estaing, entouré de deux vices-présidents et de douze membres, et il en résultera un texte voté lors du Conseil européen de Thessalonique le 18 juillet 2003. Pour que ce texte soit définitif, et conformément aux règles de l'Union, une conférence intergouvernementale sera convoquée. Malgré des réticences, un nouveau traité sera signé à Rome le 29 octobre 2004, officiellement nommé « Traité établissant une Constitution pour l'Europe ».

Europe qui, depuis le Conseil de Copenhague de décembre 2002, est passée à vingt-cinq membres par suite de l'entrée dans l'Union de dix nouveaux pays : Chypre, la République tchèque, l'Estonie, la Hongrie, la Lettonie, la Lituanie, Malte, la Pologne, la République slovaque et la Slovénie à partir du 1er mai 2004, et de la signature du traité d'adhésion à Athènes en date du 16 avril 2003.

Le **Traité établissant une Constitution pour l'Europe**, signé le **29 octobre 2004** ainsi qu'il vient d'être dit, devait entrer en vigueur le 1er novembre 2006 si tous les pays le ratifiaient. Or la France et les Pays-Bas décidèrent de recourir au référendum, lesquels référendums conclurent en 2005 à une réponse négative et stoppèrent ainsi l'entrée en vigueur du nouveau traité de Rome. Les 16 et 17 juin 2005, le Conseil des Ministres ne s'arrêtant pas sur ces rejets, décide que le processus de ratification peut continuer et ouvre une période de réflexion aux États membres. Pour sortir de ce blocage, les efforts conjugués tant de l'Allemagne que de la France font émerger l'idée d'un traité simplifié mettant de côté l'aspect constitutionnel et se concentrant sur une réforme des institutions. Ainsi le Conseil européen réuni les 21 et 22 juin 2007 convoque une conférence intergouvernementale à cet effet. Un accord de principe sur ce traité réformateur est donné lors du Conseil européen de Lisbonne des 18 et 19 octobre 2007, et une signature régularisée à Lisbonne le 13 décembre 2007. Ce traité, après de nombreuses discussions dans plusieurs pays, est entré en vigueur depuis le 1er décembre 2009. **1462**

L'Union européenne compte parmi ses membres, depuis le traité d'adhésion du 25 avril 2005, la Bulgarie et la Roumanie (entrée effective à partir du 1er janvier 2007), et depuis le traité d'adhésion signé le 9 décembre 2011 et le référendum national du 22 janvier 2012, la Croatie (entrée effective le 1er juillet 2013), et donc est donc passée à vingt-huit États membres.

1463 Le **traité de Lisbonne**, rebaptisé **Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne**, met fin à la structure en piliers de la Communauté européenne. Il ne remplace pas, mais modifie les traités existants. La Communauté européenne devient l'Union européenne, laquelle est réglementée par deux traités : le Traité sur l'Union européenne (TUE) et le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

Le traité de Lisbonne modifie les institutions.

Désormais, l'Union européenne dispose d'une personnalité juridique et peut par conséquent contracter des accords internationaux.

Les décisions se prennent au sein du Conseil à la majorité qualifiée, à savoir 55 % des membres du Conseil, comprenant au moins quinze d'entre eux et représentant des États membres réunissant au moins 65 % de la population de l'Union européenne.

La politique étrangère et la sécurité commune de l'Union sont représentées par un haut représentant de la politique étrangère commune, lequel est membre du Conseil et de la Commission.

Les parlements nationaux voient leur pouvoir augmenté et peuvent faire échec aux propositions de la Commission qui ne respecterait pas le principe de subsidiarité. Le traité clarifie les compétences de l'Union et celle des États membres et classe en trois catégories : les compétences exclusives, les compétences partagées et les compétences d'appui.

Les citoyens européens se voient attribuer de nouveaux pouvoirs. En effet, s'ils sont au nombre d'un million, ils peuvent inviter la Commission à faire une proposition au Parlement européen et au Conseil de l'Union européenne.

La Charte des droits fondamentaux est dotée de la force juridique, au même titre que les traités, et s'applique dans vingt-cinq pays de l'Union excepté le Royaume-Uni et la Pologne.

La Banque centrale européenne est érigée au rang d'institution de l'Union européenne. Le pacte de stabilité et de croissance adopté en 1997 et 2005 ne suffit pas à enrayer la crise économique et financière qui sévit sur l'Europe depuis les années 2007. La Commission se voit confier un pouvoir de contrôle sur la préparation de leur budget par les États membres. En décembre 2011, un ensemble de règlements et de directives (les *six-Pack*) sont adoptés, permettant à la Commission de demander des corrections de prévision budgétaire, voire de sanctionner financièrement. Des mesures et sanctions financières sont même possibles à l'égard d'un État membre de la zone euro avec le *two-Pack* adopté en 2013.

Les États en difficulté sont contraints à des plans d'austérité pour pouvoir bénéficier d'une aide européenne ou du Fonds monétaire international. Mais l'Allemagne demande en contrepartie que les pays de la zone euro limitent leur déficit public à 3 %, et c'est ainsi qu'est signé le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance dans l'UEM (TSCG) le 2 mars 2012. Les pays qui respectent ledit traité peuvent bénéficier des aides financières du Mécanisme européen de stabilité dont la création a été rendue possible par la modification de l'article 136 TUE (adjonction d'un paragraphe 3), la Banque centrale rachetant les dettes des pays en difficultés.

Le traité permet dorénavant le retrait de l'Union européenne.

Section II À la production d'un droit européen

1464 Dès les années 1950, les échanges d'idées entre les représentants du droit romain et les médiévistes prolifèrent. Après la Seconde Guerre mondiale, une volonté de reconstruire

l'Europe grâce au socle d'un *ius commune*, le droit romain, est présente. Une recherche sur le droit romain du Moyen Âge du nom de *Ius Romanum Medii Aevi* (IRMAE) est lancée (632).

Des institutions sont créées au niveau européen ainsi qu'il a été dit ci-avant, mais la Communauté européenne ne dispose d'aucune compétence en matière de droit international privé. La Communauté européenne ne fonctionne que par conventions internationales. Cette compétence en matière de DIP lui est attribuée avec le traité d'Amsterdam. L'Union européenne peut traiter par voie de règlement des matières qui ne faisaient l'objet jusqu'à maintenant que de conventions internationales.

La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale devient le règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, entré en vigueur le 1er mars 2002 et remplacé par le règlement Bruxelles I *bis*.

La convention de Rome du 19 juin 1980 devient le règlement Rome I du 17 juin 2008.

La convention de Bruxelles II du 28 mai 1998 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale sur les enfants communs devient le règlement Bruxelles II et est remplacé depuis par le règlement Bruxelles II *bis* en date du 27 novembre 2003.

Cette communautarisation du droit permet une applicabilité immédiate des règles édictées, alors qu'avec les conventions internationales des ratifications étaient nécessaires pour que la règle puisse entrer en vigueur.

Enfin, depuis le traité de Lisbonne un renvoi préjudiciel en interprétation devant la Cour de justice est automatique et n'est pas subordonné à l'existence d'un protocole annexé au texte.

CHAPITRE II La répartition des compétences entre les institutions communautaires

1465 « Chaque institution agit dans les limites des attributions qui lui sont conférées dans les traités, conformément aux procédures, conditions et fins prévues par ceux-ci » : l'article 13, § 2 du Traité sur l'Union européenne (TUE) consacre ainsi le principe d'attribution des pouvoirs et opère une distinction avec le principe d'attribution des compétences.

Avant d'étudier les différentes compétences au sein de l'Union **(Section III)** et la répartition des fonctions au sein de l'Union européenne **(Section II)**, il sera procédé à une présentation sommaire de ses institutions **(Section I)**.

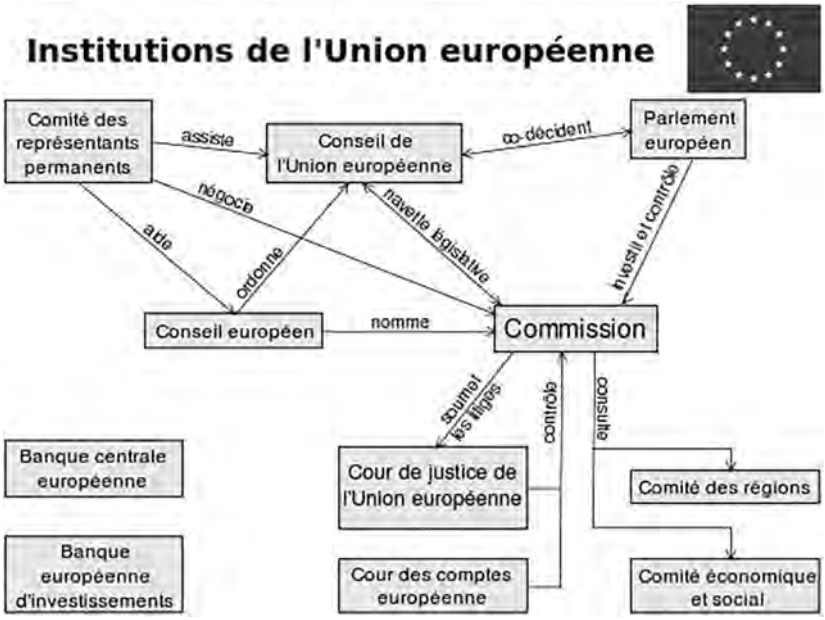
Section I Les institutions au sein de l'Union européenne

1466 L'Union dispose d'un cadre institutionnel qui assure la cohérence, l'efficacité et la continuité de ses actions et de ses politiques (633). Ces institutions sont énumérées à l'article 13, § 1 TUE : le Parlement européen, le Conseil européen, le Conseil, la Commission européenne, la Cour de

(632) « Histoire du droit européen, toujours à l'état de projet ? », conférence présentée le 26 mai 2007 à la faculté de l'Université de Lubljana par M. Stolleis.

(633) TUE, art. 13.

justice de l'Union européenne, la Banque centrale européenne, la Cour des comptes, auxquelles s'ajoutent des organes ou agences qui figurent sur le schéma ci-après.



L'ensemble de ces institutions sera distingué en trois groupes : les institutions politiques **(Sous-section I)**, l'institution judiciaire **(Sous-section II)** et les autres institutions et organes **(Sous-section III)**.

Sous-section I Les institutions et organes politiques

1467 Aujourd'hui, quatre institutions représentent le pouvoir politique de l'Union européenne : le Parlement européen **(§ I)**, le Conseil et le Conseil européen **(§ II)**, la Commission européenne **(§ III)**. Un organe commun aux deux exécutifs, le Haut représentant de l'Union européenne (HRUE) ainsi que le Service européen pour l'action extérieure (SEAE) sur lequel il s'appuie, sont chargés de la représentation de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité **(§ IV)**.

§ I Le Parlement européen

1468 C'est le seul organe qui est élu directement par les citoyens européens. L'article 10, alinéa 2 TUE dispose : « Les citoyens sont directement représentés, au niveau de l'Union, au Parlement européen ».

Conformément à l'article 14, alinéa 2 TUE, le Parlement est actuellement composé de 751 députés européens, élus au suffrage direct pour une mission de cinq ans. Le nombre des députés représentant chaque pays est fonction de son nombre d'habitants. La France compte actuellement soixante-quatorze eurodéputés. Ces députés siègent non pas en groupes nationaux, mais en groupes politiques.

Son président est actuellement Antonio Tajani, nommé pour une durée de deux ans et demi renouvelable, en fonction depuis le 17 janvier 2017.

Cette institution siège à Strasbourg (France) lors de ses sessions plénières mensuelles auxquelles participent tous les députés, et à Bruxelles (Belgique) lors des réunions des commissions parlementaires et des sessions plénières supplémentaires. Tous ses services administratifs sont localisés à Luxembourg.

Composition du Parlement européen par groupe politique au 23 janvier 2017

NOM DU PARTI	NOMBRE DE DÉPUTÉS
PPE Groupe du Parti populaire européen (démocrates-chrétiens)	217
Groupe Alliance progressiste des socialistes et démocrates (S&D)	189
Groupe Alliance des démocrates et libéraux pour l'Europe (ADLE)	74
Groupe des conservateurs et réformistes européens (ECR)	68
Groupe de la gauche unitaire européenne/ gauche verte nordique (GUE/NGL)	52
Groupe des Verts/ Alliance libre européenne (Vert/ALE)	51
Groupe Europe de la liberté et de la démocratie directe (EFDD)	42
Groupe Europe des nations et des libertés (ENL)	40
Non inscrits (NI)	18
	TOTAL : 751

Le Parlement a trois rôles : un rôle législatif, un rôle de surveillance et un rôle budgétaire.

Son rôle législatif consiste à adopter la législation de l'Union avec le Conseil de l'Union européenne sur la base des propositions faites par la Commission européenne. Le Parlement se prononce sur les accords internationaux et les nouvelles adhésions. Il examine le programme de travail de la Commission et lui suggère des propositions qu'il trouve opportunes.

Dans *son rôle de surveillance*, il exerce un contrôle démocratique des autres institutions de l'Union. Il investit le président de la Commission européenne en début de mandat et donne son approbation pour la Commission. Le Parlement examine l'ensemble des rapports de la Commission. Il supervise les travaux du Conseil et travaille en étroite collaboration avec celui-ci.

S'agissant de *son rôle budgétaire*, le Parlement établit, conjointement avec le Conseil de l'Union européenne, le budget annuel de l'Union, et surveille l'exécution du budget *via* sa Commission du contrôle budgétaire (« Cocobu »). Le Parlement approuve ou pas la gestion du budget par la commission au cours de l'exercice précédent : cette technique s'appelle « octroi de la décharge ». Il a le pouvoir de dissoudre la commission par une motion de censure votée aux deux tiers.

§ II Le Conseil et le Conseil européen

Le **Conseil** est un organe qui n'a pas de membres fixes, les ministres des différents pays se réunissant en Conseil en dix formations différentes en fonction du sujet traité : **1469**

- conseil de l'Agriculture et la Pêche (AGRIPÊCHE) ;
- conseil « Compétitivité » ;
- conseil « Affaires économiques et financières » (ECOFIN) ;

- formation « Environnement » du Conseil (ENVI) ;
- conseil « Emploi, politique sociale, santé et consommateurs » (EPSCO) ;
- conseil « Éducation, jeunesse, culture et sport » (EJCS) ;
- conseil des Affaires étrangères (CAE) ;
- conseil des Affaires générales (CAG) ;
- conseil « Justice et affaires intérieures » (JAI) ;
- conseil « Transports, télécommunications et énergie » (TTE).

1470 Chaque pays de l'Union européenne préside chacun son tour pendant six mois le Conseil. Son siège est à Bruxelles (Belgique).

C'est l'organe de décision, avec le Parlement européen, de l'Union européenne. Le Conseil a pour mission de coordonner les politiques économiques et budgétaires des pays de l'Union européenne, de fixer des cadres d'action et des plans de travail de l'Union européenne en matière d'éducation, de culture, de jeunesse et des sports. Le Conseil élabore chaque année des orientations et des recommandations destinées aux États membres en matière de politique d'emploi. Le Conseil de l'Union définit et met en œuvre la politique étrangère et de sécurité commune de l'Union. S'agissant des accords internationaux, une fois après avoir obtenu l'accord du Parlement, il finalise l'acte.

Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, le Conseil adopte avec le Parlement le budget de l'Union.

À ne pas confondre avec le **Conseil européen**, qui est un sommet trimestriel, au cours duquel les responsables politiques européens fixent les grandes lignes de la politique de l'Union européenne, et le **Conseil de l'Europe**, qui n'est pas un organe de l'Union.

§ III La Commission européenne (CE)

1471 C'est l'organe exécutif de l'Union européenne. La Commission siège à Bruxelles en Belgique.

Elle est composée d'un commissaire par État membre, donc actuellement de vingt-huit membres nommés pour cinq ans. L'un des membres est nommé président, et il est accompagné de sept vice-présidents (dont le premier vice-président et le Haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité) ainsi que de vingt commissaires chargés de différents portefeuilles. Ensemble ils forment le collège.

L'actuel président est Jean-Claude Juncker. Le président est élu par le Parlement. Son rôle est d'organiser la Commission. Il distribue les portefeuilles à chacun des commissaires. La France est représentée par Pierre Moscovici, chargé des affaires économiques et financières, de la fiscalité et de l'union douanière. Il détermine le plan d'action de la Commission et la représente lors des réunions avec les autres institutions ou lors des sommets du G7 et du G20.

1472 La Commission a pour rôle de défendre les intérêts de l'Union européenne et des citoyens européens. À cet effet, elle élabore des textes qu'elle soumet au Parlement et au Conseil pour adoption.

C'est la Commission qui fixe les priorités budgétaires de l'Union en collaboration avec le Parlement et le Conseil, et qui établit le budget annuel qu'elle soumet au vote du Parlement et du Conseil.

La Commission alloue les financements européens et contrôle leur utilisation avec la Cour des comptes.

Elle veille à la bonne application des textes européens par les États membres au côté de la Cour de justice.

§ IV Le Haut représentant de l'Union européenne (HRUE) et le Service européen pour l'action extérieure (SEAE)

1473 La fonction de HRUE a été créée par le traité d'Amsterdam et renforcée par le traité de Lisbonne. Le HRUE préside désormais le Conseil des Ministres européens des Affaires étrangères, remplace le Haut représentant pour la PESC et assure le rôle de vice-président de la Commission européenne en charge des relations extérieures.

Le Haut représentant et nommé par le Conseil européen avec l'accord du président de la Commission pour une durée de cinq ans.

Actuellement, cette fonction est assurée par Federica Mogherini, en poste depuis le 1er novembre 2014.

1474 Le Haut représentant de l'Union européenne élabore la politique étrangère et de sécurité commune de l'Union européenne, et garantit l'harmonisation de l'action extérieure de l'Union. Il est en charge des missions relatives aux relations extérieures au sein de la Commission, et est aidé dans ses fonctions par le Service européen pour l'action extérieure (SEAE) dont le siège est à Bruxelles. Le SEAE est le service diplomatique de l'Union européenne.

Les missions du Haut représentant sont financées par le budget de l'Union européenne, sauf cas particuliers. Cependant, les activités concernant des opérations ayant des implications militaires ou dans le domaine de la défense sont financées par un fonds de lancement, constitué de contributions des États membres.

Sous-section II L'institution juridictionnelle

1475 **La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)** est l'institution juridictionnelle de l'Union et de la Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEA). La Cour veille à l'interprétation et à l'application uniforme du droit dans l'Union européenne.

La Cour siège au Luxembourg. Elle comprend deux juridictions : la Cour et le Tribunal.

Les juges et les avocats généraux sont désignés par les gouvernements des États membres, après consultation d'un comité. Leur mandat est de six ans, renouvelable.

Le président est choisi par les juges eux-mêmes. L'actuel président est Koen Lenaerts, nommé pour une durée de trois ans renouvelable, en fonction depuis le 8 octobre 2015 et qui a été réélu le 9 octobre 2018 jusqu'au 6 octobre 2021.

1476 *Devant la Cour,* quatre actions sont possibles :

- le **renvoi préjudiciel** permet à un juge national de demander un point d'interprétation du droit de l'Union pour vérifier la conformité de sa loi avec le droit européen ou le contrôle de la validité d'un acte du droit de l'Union.
- Le **recours en manquement** est ouvert à la Commission ou un État membre pour non-respect par un État membre des obligations qui lui incombent en vertu du droit de l'Union.
- Le **recours en annulation** donne la possibilité à un État membre de demander l'annulation d'un acte contre le Parlement ou le Conseil.
- Le **recours en carence** autorise un État membre à saisir la Cour pour contrôler la légalité de l'inaction des institutions, d'un organe ou d'un organisme de l'Union.

Devant le tribunal, différents recours sont possibles. Les personnes physiques ou morales pourront notamment agir en annulation d'actes des institutions, d'organes ou d'organismes

de l'Union européenne ou d'actes réglementaires ne comportant pas de mesures d'exécution ou pour faire constater l'abstention de statuer de ces institutions, organes ou organismes. Les États membres pourront agir contre la Commission ou contre le Conseil concernant les actes pris dans le domaine des aides d'État, les mesures de défense commerciale (*dumping*) et les actes par lesquels il exerce des compétences d'exécution.

Un pourvoi sera possible mais sera limité aux questions de droit, dans un délai de deux mois, devant la Cour de justice.

Sous-section III Les autres institutions et organes

1477 Lesdites institutions seront divisées en trois groupes : les institutions à vocation financière et monétaire **(§ I)**, les institutions à vocation générale **(§ II)** et les organes auxiliaires **(§ III)**.

§ I Les institutions à vocation financière et monétaire

1478 Les institutions mentionnées à l'article 13, § 1 TUE sont la Banque centrale européenne **(A)** et la Cour des comptes **(B)**. Un autre organe intervient dans le cadre du financement des projets de l'Union européenne : la Banque européenne d'investissement (BEI) **(C)**. Les États membres ont enfin créé une institution financière internationale qui n'est ni un organe ni une institution de l'Union : le Mécanisme européen de stabilité **(D)**.

A/ La Banque centrale européenne (BCE)

1479 Les États membres ayant adopté la monnaie unique ont transféré à ce titre leur compétence monétaire à l'Union européenne (« l'Eurosystème »). Cette compétence exclusive est exercée par la BCE et les banques centrales nationales (BCN) qui conduisent la politique économique et monétaire de l'Union (634). La BCE et les BCN de tous les pays de l'Union européenne (même ceux qui n'ont pas adopté l'euro) constituent ensemble le Système européen de banques centrales (SEBC). L'objectif est d'assurer la stabilité des prix et de soutenir la croissance économique et la création d'emplois dans l'Union européenne.

1480 La BCE est une institution à part entière. Elle est composée de trois instances :

- *le Directoire :* il assure la gestion quotidienne de la BCE. Il est composé du président et du vice-président de la BCE, et de quatre autres membres désignés par les dirigeants des pays de la zone euro qui sont tous nommés par le Conseil européen pour un mandat de huit ans ;
- *le Conseil des gouverneurs :* principale instance de décision, comprenant le Directoire et les gouverneurs des banques centrales des pays de la zone euro ;
- *le Conseil général :* il exerce un rôle de consultation et de coordination. Il est composé du président et du vice-président de la BCE, ainsi que des gouverneurs des banques centrales de tous les pays de l'Union européenne.

Son actuel président est Mario Draghi, en fonction depuis le 1er novembre 2011, pour un mandat de huit ans, non renouvelable.

Cet organe siège à Francfort (Allemagne).

1481 Le capital de la BCE est détenu par les BCN selon une clé de répartition de ce que représente l'État membre dans la population totale de l'Union et dans le produit intérieur brut de l'Union. Lorsqu'un État membre adopte l'euro, il libère entièrement sa part dans le capital.

(634) TFUE, art. 282.

Avec l'élargissement de l'Union européenne, le système de vote a changé et la règle n'est plus celle d'un vote par membre. Chaque membre du Directoire dispose d'un droit de vote, puis les États de la zone euro sont classés en fonction de leur importance économique et de leur secteur financier. Les États du premier groupe se partagent quatre droits de vote, et les autres États onze droits de vote qu'ils exercent à tour de rôle avec une rotation mensuelle.

1482 La BCE fixe le taux d'intérêt auquel elle prête aux banques commerciales de la zone euro, contrôlant ainsi la masse monétaire et l'inflation. Elle gère les devises étrangères, achète ou vend des devises pour réguler le taux de change. C'est elle qui autorise les États membres à produire des billets.

B/ La Cour des comptes (CdC)

1483 La Cour a pour mission de contrôler les comptes de l'Union européenne dans les limites des attributions qui lui ont été confiées par le traité de Bruxelles du 22 juillet 1975. Elle est devenue une institution depuis le traité de Maastricht (635). Elle n'est cependant pas une juridiction (comme l'est la Cour de justice), et elle ne participe pas au pouvoir décisionnel sauf dans le cadre des lois budgétaires et lois anti-fraude.

La Cour est composée d'un représentant par État membre, mais assume sa fonction en toute indépendance par rapport à son pays. Les membres sont nommés par le Conseil pour un mandat de six ans renouvelable sans limite.

Son président est actuellement Klaus-Heiner Lehne, nommé pour une durée de trois ans renouvelable, en fonction depuis le 11 octobre 2016.

Cette institution siège à Luxembourg.

1484 Dans le cadre de sa mission, la Cour des comptes contrôle non seulement les recettes et les dépenses de l'Union, mais également les personnes et les organes qui gèrent les fonds de l'Union européenne. Elle établit des rapports d'audit à destination de la Commission européenne et des États membres. Elle établit également un rapport annuel qu'elle adresse au Parlement et au Conseil de l'Union européenne. Au vu de ce rapport, le Parlement décide ou d'approuver ou non le budget de l'Union.

C/ La Banque européenne d'investissement (BEI)

1485 La BEI est l'organe de financement des projets qui contribuent à réaliser les objectifs de l'Union, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'Union.

Les actionnaires de la BEI sont les vingt-huit États membres, lesquels États participent au capital de la banque en fonction de leur poids économique dans l'Union européenne (exprimé par le PIB) lors de leur entrée dans l'Union. Au 1er juillet 2013, le capital souscrit de la BEI s'élève à plus de 243 milliards d'euros, répartis en fonction des États membres.

Son actuel président est Werner Hoyer, dont le mandat a été renouvelé le 1er janvier 2018 pour six ans.

Cet organe siège à Luxembourg.

La BEI est composée de cinq instances : le Conseil des gouverneurs (vingt-huit membres – ministres des Finances essentiellement), représentant les vingt-huit États membres, le conseil d'administration, le comité de direction, le comité de vérification et les services de la banque.

(635) TUE, art. 13, § 1.

La BEI emprunte de l'argent afin de prêter à des conditions avantageuses pour la réalisation de projets soutenant les objectifs de l'Union européenne.

Son rôle est principalement le financement, mais elle a aussi un rôle de conseil et d'assistance technique pour optimiser la rentabilité de l'investissement.

D/ Le Mécanisme européen de stabilité

1486 Plusieurs pays de l'Union européenne (Irlande, Espagne, Portugal, Grèce) sont touchés par une crise économique depuis 2010. Pour fournir une aide financière aux États membres qui connaissent ou risquent de connaître de graves problèmes de financement, l'Union européenne s'est dotée d'outils de gestion de crise : le Fonds européen de stabilité financière (FESF) ainsi que le Mécanisme européen de stabilité financière (MESF). Ces deux instruments ponctuels ont été fusionnés et consacrés, aux termes d'un traité conclu le 2 février 2012 par les États membres dans l'exercice d'une compétence qui leur est réservée (636), pour donner naissance au Mécanisme européen de stabilité (MES), qui reprend leurs fonctions. Le traité sur le MES prévoit par ailleurs une coopération avec le Fonds monétaire international (FMI) (637).

1487 Le MES est une institution financière internationale ayant son siège à Luxembourg. Il comprend un Conseil des gouverneurs composé des ministres des Finances des États membres. Il est présidé par le président de l'Eurogroupe (638) ou un autre de ses membres qu'il élit pour deux ans, et est composé d'un conseil d'administration dont chaque membre est nommé par un gouverneur, et d'un directeur général nommé pour cinq ans (actuellement Klaus Regling, ressortissant allemand, en poste depuis le 8 octobre 2012).

1488 Le MES peut octroyer une assistance financière à titre de précaution lorsqu'un État membre risque de ne pas pouvoir honorer ses engagements, le but du MES étant de préserver la stabilité économique de la zone euro dans son ensemble. Le MES peut par ailleurs accorder auxdits États des lignes de crédit ou des prêts, ou assurer la recapitalisation des banques de la zone euro.

Le MES dispose pour cela d'un capital qui lui est garanti par la Commission européenne. Il est alimenté par les États membres en fonction de leur richesse : l'Allemagne y contribue par exemple à 27 %, la France à 20,5 %. Ces deux pays ainsi que l'Italie ont plus de 15 % de droits de vote, et disposent par la même d'un droit de veto.

Les plans de redressement et l'intervention du MES sont uniquement décidés par les ministres des Finances de la zone euro. Le Parlement européen n'a aucun droit de regard, seuls les parlements nationaux peuvent donner leur avis.

L'assistance financière est subordonnée à une stricte conditionnalité : l'État bénéficiaire doit exécuter en contrepartie un programme de politique économique. Ce programme est déterminé dans un protocole d'accord conclu par la Commission européenne au nom du MES et l'État bénéficiaire, en liaison avec la BCE.

(636) TFUE, art. 136, § 3. – CJUE, 27 nov. 2012, aff. C-370/12, *Pringle*.

(637) Créé en 1944 par la conférence de Bretton Woods, le FMI a organisé le système monétaire international. Son rôle est aujourd'hui de combattre les désordres monétaires internationaux. Pour cela, il finance par des prêts les déficits des balances des paiements des pays membres, à condition que ces pays mettent en œuvre des mesures pour rétablir leur équilibre extérieur (www.glossaire-international.com).

(638) Assemblée créée par le Conseil européen en 1997, qui prend le nom d'Eurogroupe à partir du Conseil de Nice (7-9 déc. 2000). C'est une instance décisionnaire sur la monnaie unique.

§ II Les organes à vocation générale

A/ Le Comité économique et social européen (CESE)

Ce comité est un organe consultatif de l'Union européenne, qui émet des avis. **1489**

Le comité est composé de trois cent cinquante membres désignés par les gouvernements nationaux et nommés par le Conseil de l'Union européenne. Le nombre de membres par État est proportionnel à la population de chaque pays. Les membres sont nommés pour cinq ans. Le mandat en cours a débuté en octobre 2015.

Les membres élisent leur président et deux vices-présidents pour un mandat de deux ans et demi. Son actuel président est Luca Jahier.

Cet organe siège à Bruxelles (Belgique).

Le comité est divisé en trois groupes de membres :
- le groupe des employeurs (groupe I) ;
- le groupe des travailleurs (groupe II) ;
- et le groupe des activités diverses (groupe III, comportant les agriculteurs, les professions libérales, les consommateurs, etc.).

Chaque groupe dispose de son propre secrétariat. Les membres du CESE choisissent eux-mêmes le groupe auquel ils souhaitent adhérer.

Les membres du CESE peuvent constituer des catégories, qui représentent les différents intérêts économiques et sociaux de la société civile organisée de l'Union européenne, et se composent de membres issus des trois groupes du comité.

Le CESE est organisé en six sections spécialisées : Union économique et monétaire, cohésion économique et sociale (ECO) ; Marché unique, production et consommation (INT) ; Transports, énergie, infrastructures, société de l'information (TEN) ; Emploi, affaires sociales, citoyenneté (SOC) ; Agriculture, développement rural, environnement (NAT) ; Relations extérieures (REX). Il compte également une Commission consultative des mutations industrielles (CCMI), ainsi que trois observatoires : l'Observatoire du marché unique (OMU) ; l'Observatoire du développement durable (ODD) ; l'Observatoire du marché du travail (OMT).

Le CESE a trois grandes missions : **1490**
- veiller à ce que la politique et la législation de l'Union européenne soient adaptées à la situation économique et sociale en recherchant un consensus favorable à l'intérêt général ;
- encourager le développement d'une Union européenne participative en permettant aux organisations de travailleurs et d'employeurs et à d'autres groupes d'intérêts d'exprimer leur avis, et établir un dialogue avec eux ;
- promouvoir les valeurs de l'intégration européenne et faire progresser la démocratie participative et le rôle des organisations de la société civile.

Le CESE est consulté par le Parlement, le Conseil de l'Union européenne et la Commission. Il peut aussi émettre des avis de sa propre initiative. Le texte est soumis au vote et adopté à la majorité simple. Puis l'avis est communiqué aux institutions concernées et publié au *Journal officiel de l'Union européenne*.

B/ Le Comité des régions (CdR)

Le Comité des régions est un organe consultatif de l'Union européenne qui émet des avis. **1491**

Le comité est composé de trois cent cinquante membres, représentants élus d'autorités locales ou régionales, désignés par les gouvernements nationaux et nommés par le Conseil de l'Union européenne. Le nombre de membres par État est proportionnel à la population de chaque pays. Les membres sont nommés pour cinq ans. Le mandat en cours a débuté en octobre 2015. Les membres d'un pays forment une délégation nationale qui reflète son équilibre politique, géographique, régional et local.

Les membres élisent leur président pour un mandat de deux ans et demi. Son actuel président est Karl-Heinz Lambertz, nommé le 12 juillet 2017.

Le bureau est composé de soixante-trois membres : son président, son premier vice-président, vingt-huit vices-présidents représentant les vingt-huit États membres, les présidents des groupes politiques du comité et d'autres membres des délégations nationales.

Cet organe siège à Bruxelles (Belgique).

Cinq groupes politiques sont représentés au sein du Comité :
- le Parti populaire européen (PPE) ;
- le Parti socialiste européen (PSE) (dont fait partie le président) ;
- l'Alliance des démocrates et des libéraux pour l'Europe (ADLE) ;
- le Groupe Alliance européenne (AE) ;
- et le Groupe des conservateurs et réformistes européens (CRE).

Les membres sont libres de s'inscrire au sein d'un groupe politique ou non. Dans ce dernier cas, ils formeront le groupe des non-inscrits.

1492 La Commission européenne, le Conseil de l'Union européenne et le Parlement européen doivent consulter le Comité des régions pour leurs propositions législatives sur des domaines concernant les autorités locales et régionales, comme la santé, l'éducation, l'emploi, la politique sociale, la cohésion économique et sociale, les transports, l'énergie et le changement climatique. À défaut, le comité peut saisir la Cour de justice.

Le Comité des régions est organisé en six commissions internes, spécialisées dans les domaines suivants : COTER (politique de cohésion territoriale et budget de l'UE) ; SEDEC (emploi, affaires sociales, éducation, recherche, innovation et culture) ; ECON (politique économique) ; ENVE (environnement, changement climatique et énergie) ; NAT (ressources naturelles, y compris l'agriculture) ; CIVEX (citoyenneté, gouvernance, affaires institutionnelles et extérieures).

Le Comité des régions nomme un rapporteur, qui consulte toutes les parties prenantes avant d'établir un avis. Le texte est examiné et adopté par la commission du comité concernée par le domaine sur lequel il porte. Il est ensuite soumis au vote en session plénière à l'ensemble des membres. Puis l'avis est communiqué aux institutions de l'Union européenne concernées et publié au *Journal officiel de l'Union européenne*.

C/ Le Médiateur européen

1493 Institué par l'article 228 TFUE, le médiateur traite les plaintes des citoyens et résidents de l'Union européenne contre un organe ou une institution européenne pour mauvaise administration.

Actuellement le Médiateur européen est Emily O'Reilly, nommée le 1er octobre 2013, pour un mandat de cinq ans renouvelable.

Le Médiateur européen est nommé par le Parlement.

Il siège à Strasbourg (France).

Le Médiateur européen présente un rapport d'activité au Parlement tous les ans. Il exerce ses fonctions en toute indépendance et ne doit pas avoir une autre activité. **1494**

En cas de problème, la Cour de justice de l'Union européenne peut destituer le médiateur.

§ III Les organes auxiliaires

La création de ces organes n'est pas spécifiquement prévue par les textes, mais est implicitement autorisée lorsque le traité, dans sa version issue de Lisbonne, évoque les organes et organismes de l'Union (639) et emploie cette expression dans plusieurs dispositions du droit primaire (640). Il existe deux types d'organes et d'organismes : **1495**

- les **organes ou organismes** auxquels une fonction exécutive a été confiée (641), comme par exemple l'Agence exécutive pour les consommateurs, la santé et l'alimentation, ou encore l'Agence exécutive « Éducation, audiovisuel et culture ». On parle pour ces organes ou organismes de comitologie. Les comités de comitologie participent au processus décisionnel et dépendent pour leur composition et leur attribution de textes généraux, et notamment du règlement n° 182/2011 du 16 février 2011 ;
- les **agences** qui disposent d'un pouvoir propre, comme par exemple l'Agence européenne pour l'environnement ou l'Agence européenne de sécurité maritime mise en place après le naufrage du navire l'Erika. Leurs composition et attributions dépendent le l'organe qui les a créées (la Commission ou le Conseil) et des besoins. Leur appellation est variable : agence, bureau (Bureau européen d'appui en matière d'asile), centre (Centre européen de prévention et de contrôle des maladies), office (Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle)... et leur nombre est important.

Ces organes et organismes sont créés par des actes de droit dérivé adoptés par les institutions de l'Union. Leur création ne doit pas porter atteinte à l'équilibre institutionnel. Les autorités délégantes ne peuvent confier des pouvoirs différents de ceux qu'elles ont elles-mêmes reçus (642). **1496**

Section II La répartition des fonctions

Les traités originaires établissaient une distinction selon la nature des actes communautaires (règlement, directive, décision, avis et recommandation), mais n'en établissaient pas quant à la fonction normative correspondant à ceux-ci. D'une manière générale, le Conseil adopte les actes sur proposition de la Commission, et cette dernière exécute les actes du Conseil conformément aux règles établies. Le Conseil a partagé dans de nombreux domaines son pouvoir normatif avec le Parlement. **1497**

La séparation entre pouvoir exécutif et législatif au niveau national ne peut être transposée au niveau communautaire ; il n'y a pas un gouvernement et un législateur européen. Dans l'Union, il existe un équilibre institutionnel, chaque institution a une fonction et une mission (643).

(639) CJUE, 14 juin 2011, aff. C-196/09, *Miles e.a.* – CJUE, 11 mars 2015, aff. C-464/13 et C-465/13, *Europaische Schule Munchen*.
(640) V. TUE, art. 9 ; TFUE, art. 15, 16, 228, 298 et 355.
(641) CJUE, 22 janv. 2014, aff. C-270/12, *Royaume-Uni* c/ *Parlement et Conseil*, dit « AEMF ».
(642) CJCE, 13 juin 1958, aff. 9/5, *Meroni*.
(643) CJCE, 20 mai 1990, aff. 70/88, *Parlement* c/ *Conseil*.

1498 La Cour de justice a employé pour la première fois dans l'arrêt *Koester* (644) l'expression « le système législatif », puis dans l'arrêt *Simmenthal* (645), celle de « pouvoir législatif de la Communauté », puis de manière récurrente les expressions « législateur communautaire » ou « processus législatif ». La Cour a opéré une distinction entre le règlement ou la directive de base et le règlement ou la directive d'exécution, entre les « règles de base » qu'édicte le Conseil et l'exécution qui échoit à la Commission (lorsque le Conseil lui confère ce pouvoir). De là naîtra la distinction à l'intérieur du droit dérivé de l'Union européenne entre le droit dérivé de premier degré et le droit dérivé de second degré, le second étant susceptible de recours en annulation s'il ne respecte pas le premier (646).

Le traité de Lisbonne entérine une architecture normative qui distingue trois types d'actes de l'Union : les actes législatifs (647), les actes délégués (648) et les actes d'exécution (649). Ces textes conduisent à distinguer la fonction législative **(Sous-section I)** de la fonction exécutive **(Sous-section II)**.

Sous-section I La fonction législative

1499 Le traité de Lisbonne établit une fonction législative attribuée au Parlement et au Conseil (650) sans cependant définir cette notion.

Le traité prévoit des procédures législatives ainsi que des actes législatifs. La fonction législative représente un pouvoir normatif, celui d'adopter des actes selon les procédures législatives visées à l'article 289 TFUE **(§ I)**. Un acte législatif peut déléguer à la Commission un pouvoir normatif, consistant en l'adoption d'actes non législatifs de portée générale prévus à l'article 290 TFUE qui seront étudiés dans la **sous-section II**.

Aujourd'hui, l'Europe adopte des mesures d'amélioration de la fonction législative **(§ II)**.

§ I Les procédures législatives

1500 Ni le Parlement ni le Conseil, auxquels est confiée la fonction législative, ne disposent pour autant de leur initiative. En effet, l'initiative de l'acte législatif **(A)** revient à la Commission. L'adoption de cet acte exige le respect d'une procédure instituée par l'article 289 TFUE **(B)**.

A/ L'initiative

1501 L'article 17, § 2 TUE, prévoit qu'« un acte législatif de l'Union ne peut être adopté que sur proposition de la Commission, sauf dans les cas où les traités en disposent autrement ».

La Commission a l'initiative, quasi exclusive, de l'acte législatif. Ce pouvoir n'est cependant pas absolu. Il en est ainsi en matière de PESC, la Commission partage cette initiative avec les États membres d'un côté, et le Haut représentant qu'elle soutient de l'autre (651). C'est également le cas lorsque l'acte législatif est pris sur demande de la Cour de justice après

(644) CJCE, 17 déc. 1970, aff. 25/70.
(645) CJCE, 4 mars 1978, aff. 107/77.
(646) CJCE, 10 mars 1971, aff. 38/70, *Tradax*.
(647) TFUE, art. 289, § 3.
(648) TFUE, art. 290.
(649) TFUE, art. 291.
(650) TUE, art. 14 et 16.
(651) TFUE, art. 30.

consultation de la Commission (652), ou sur recommandation de la Banque centrale européenne après consultation du Parlement européen et de la Commission (653).

1502 Cette initiative n'est pas un travail isolé de la Commission, bien au contraire. La Commission réalise de « larges consultations » des parties concernées (654) en tenant compte de la dimension régionale et locale des actions envisagées (655) qu'elle rend publiques. Cette consultation peut prendre la forme d'un **livre vert**, comme celui relatif aux successions et testaments en 2005 (656), dans lequel la Commission invite les parties intéressées à répondre à des questions. Les réponses synthétisées peuvent être publiées sous la forme d'un **livre blanc** (657). Puis la Commission établit sa proposition d'acte législatif.

1503 La Commission peut être incitée à prendre cette initiative.

– Par le Conseil, qui dispose d'un pouvoir « d'initiative de l'initiative » conformément à l'article 241 TFUE ainsi rédigé : « Le Conseil, statuant à la majorité simple, peut demander à la Commission de procéder à toutes études qu'il juge opportunes pour la réalisation des objectifs communs et de lui soumettre toutes propositions appropriées ».

– Mais également par le Parlement, qui dispose du même pouvoir en vertu de l'article 225 TFUE, lequel stipule : « Le Parlement européen peut, à la majorité des membres qui le composent, demander à la Commission de soumettre toute proposition appropriée sur les questions qui lui paraissent nécessiter l'élaboration d'un acte de l'Union pour la mise en œuvre des traités ».

– Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, un million de citoyens européens résidant dans au moins un quart des États membres de l'Union peuvent eux aussi inviter la Commission à présenter une proposition d'acte législatif qu'ils jugent nécessaire pour mettre en œuvre les traités de l'Union (658). Cette possibilité a été utilisée avec succès à quatre reprises. On peut citer l'une d'elles, actuellement très médiatisée : « Interdire le glyphosate ».

La Commission dispose d'un pouvoir discrétionnaire de présenter ou non un acte législatif à l'adoption (659) et de définir le contenu et les finalités de son acte (660). Les propositions de la Commission bénéficient d'une double garantie prévue à l'article 293 TFUE : premièrement, les propositions de la Commission sont adoptées (sauf cas particuliers) à l'unanimité, et deuxièmement, tant que le Conseil n'a pas statué, la Commission peut modifier, voire retirer sa proposition.

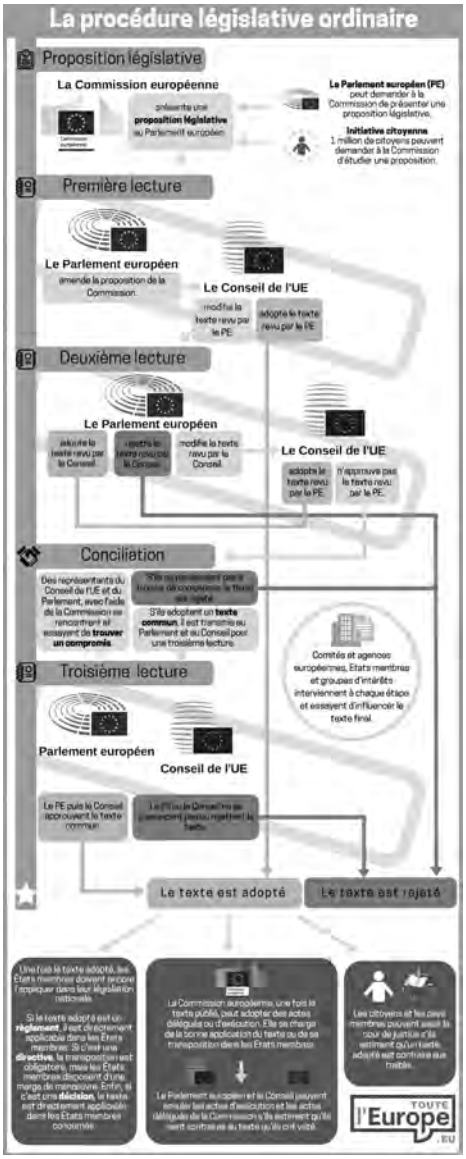
B/ La procédure législative

1504 L'article 289 TFUE prévoit deux procédures législatives : la « procédure législative ordinaire » **(I)** et la « procédure législative spéciale » **(II)**.

(652) TFUE, art. 257.
(653) TFUE, art. 129, § 3.
(654) TFUE, art. 11.
(655) Prot. n° 2, art. 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.
(656) Dernier exemple en date ; le livre vert sur les services financiers de détail, « De meilleurs produits, un plus large choix et davantage d'opportunités pour les consommateurs et les entreprises », 2015.
(657) Par ex. : Le livre blanc sur l'avenir de l'Europe à l'horizon 2025 (https://ec.europa.eu/).
(658) TUE, art. 11, § 4 et TFUE, art. 24, al. 1.
(659) TUE, art. 17, § 2 et TFUE, art. 289.
(660) CJUE, 14 avr. 2015, aff. C-409/13, *Conseil* c/ *Commission*.

I/ La procédure ordinaire

1505 La procédure législative ordinaire, héritière de la « codécision » instaurée par le traité de Maastricht, est aujourd'hui le mode décisionnel le plus courant pour adopter la législation de l'Union européenne. Le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne, sur un même pied d'égalité, adoptent ensemble les nouvelles normes européennes dans la majorité des domaines (éducation, environnement, recherche...). Cette procédure est fixée à l'article 294 TFUE et figure sur le tableau ci-après.



Une partie des textes est adoptée dès la première lecture au moyen de la procédure de *trilogue* dont le processus est le suivant : une proposition d'acte, votée en commission parlementaire, est négociée avec le Conseil avant qu'il soit procédé au vote du Parlement européen. D'autres textes sont adoptés en deuxième lecture après discussion. La commission de conciliation est rarement convoquée. **1506**

La procédure législative ordinaire présente deux caractéristiques : la première est l'adoption des actes à la majorité qualifiée (sauf sur les amendements ayant reçu un avis négatif, qui doivent être adoptés à l'unanimité), et la seconde est que le Parlement et le Conseil sont sur un pied d'égalité.

Si la procédure ne remplit pas l'une ou l'autre ou les deux conditions, elle devient **spéciale**.

II/ La procédure spéciale

La procédure spéciale est généralement utilisée dans des domaines sensibles. Le traité ne prévoit pas de règles précises pour celle-ci. Il faut s'en référer au cas par cas. **1507**

Le Conseil devient alors l'unique décisionnaire, le Parlement ne donne qu'un avis **consultatif**. Ce cas est prévu par l'article 242 TFUE, relatif au statut des comités (661), et également par l'article 89 TFUE (662), relatif aux opérations policières transfrontalières. La procédure spéciale s'applique aussi lorsque l'avis du Parlement est **nécessaire**, comme prévu à l'article 86 TFUE, relatif au rôle du Parquet européen.

§ II L'amélioration de la fonction législative

L'amélioration est permise par le renforcement du principe de subsidiarité comme principe fondamental de l'Union **(A)**, mais également par la politique du « Mieux légiférer » **(B)**. **1508**

A/ Le principe de subsidiarité renforcé

L'article 5 TUE consacre le principe de subsidiarité comme principe fondamental de l'Union européenne, au même titre que les principes de proportionnalité et d'attribution. Ainsi, *dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union*. **1509**

Les parlements nationaux veillent au respect de ce principe, conformément à la procédure prévue dans le Protocole n° 2 (663). Conformément à l'article 6 dudit protocole, tout Parlement national peut, dans un délai de huit semaines à compter de la date de transmission d'un projet d'acte législatif, adresser aux présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission un avis motivé exposant les raisons pour lesquelles il estime que le projet en cause n'est pas conforme au principe de subsidiarité. Si les avis motivés repré-

(661) TFUE, art. 242 : « Le Conseil, statuant à la majorité simple, arrête, après consultation de la Commission, le statut des comités prévus par les traités ».

(662) TFUE, art. 89 : « Le Conseil, statuant conformément à une procédure législative spéciale, fixe les conditions et les limites dans lesquelles les autorités compétentes des États membres visées aux articles 82 et 87 peuvent intervenir sur le territoire d'un autre État membre en liaison et en accord avec les autorités de celui-ci. Le Conseil statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen ».

(663) TUE, art. 5, § 3.

sentent un tiers des voix attribuées aux parlements nationaux, le projet législatif doit être réétudié, selon la procédure dénommée le « carton jaune ».

Puis, dans le cadre de la procédure législative ordinaire, si la majorité simple des voix attribuées aux parlements nationaux conteste le respect du principe de subsidiarité et que la Commission entend maintenir sa proposition, le texte est renvoyé au Parlement européen et au Conseil (le législateur), qui se prononce en première lecture. Si le législateur estime que le texte n'est pas compatible avec le principe de subsidiarité, il peut le rejeter à la majorité de 55 % des membres du Conseil ou de la majorité des voix exprimées au Parlement européen. On parle alors de « carton orange ».

La procédure du carton jaune a été utilisée trois fois jusqu'à ce jour : en mai 2012, contre la proposition de règlement de la Commission concernant l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services (« Monti II ») ; en octobre 2013, contre la proposition de règlement portant sur la création du Parquet européen ; et en mai 2016, contre la proposition de révision de la directive concernant le détachement de travailleurs (664).

B/ L'accord « Mieux légiférer »

1510 L'Union européenne n'intéresse pas ses citoyens. On observe un taux de participation faible aux élections, et des critiques s'élèvent tant de la part des citoyens que des États membres sur l'efficacité de la politique menée à Bruxelles. La Commission, souhaitant provoquer un débat sur la situation, a publié en juillet 2001 un livre blanc sur la gouvernance européenne. Un premier accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » (2003/C 321/01) a été signé entre le Parlement, le Conseil et la Commission le 16 décembre 2003 afin d'améliorer la qualité de la législation.

1511 Dans la continuité, la commission Juncker lance en 2014 un nouveau programme « Mieux légiférer ». Sa mise en œuvre est confiée au premier vice-président de la Commission, M. Frans Timmermans. Elle comprend quatre volets.

Le premier volet est la concentration du travail de l'Union sur les textes importants, et à ce titre la Commission a procédé au retrait de quatre-vingts propositions de textes.

Le deuxième volet concerne la création d'un Comité indépendant d'examen de la réglementation. Ce comité a été créé le 1er juillet 2015 et a pour mission de contrôler la qualité de la législation, d'aider la Commission dans le cadre des travaux d'évaluation et d'analyses d'impact de la Commission, et d'émettre des avis et des recommandations sur ceux-ci.

Le troisième volet concerne l'amélioration de la consultation des citoyens et des parties intéressées. La Commission procède à des consultations publiques systématiques. Les citoyens et les personnes intéressées peuvent donner leur avis sur la feuille de route de la Commission, les analyses d'impact sur la situation législative existante et les projets législatifs, les analyses d'impact sur les conséquences des projets législatifs au niveau économique, social et environnemental, les textes adoptés ainsi que les bilans. La Commission publie un rapport sur ces consultations.

Le quatrième volet concerne la création de la plate-forme « REFIT ». Par décision du 19 mai 2015, la Commission a créé cette plate-forme qui regroupe des experts issus du secteur économique, des partenaires sociaux, de la société civile, du Comité économique et social européen, du Comité des régions et des États membres, qui pourront la conseiller. Sur cette

(664) Travaux parlementaires, Rapport d'information, *La simplification du droit : une exigence pour L'Union européenne* (www.senat.fr).

plate-forme, les citoyens et les « parties prenantes » (associations, entreprises, collectivités), d'une part, et les administrations nationales, d'autre part, peuvent communiquer les difficultés posées par les différentes réglementations européennes et suggérer des améliorations.

1512 Un nouvel accord a été signé et est entré en vigueur le 13 avril 2016, entre la Commission, le Parlement et le Conseil, en remplacement de celui de 2003.

Cet accord prévoit notamment une transparence tout au long du processus législatif (par la création d'une base de données commune sur l'état d'avancement des dossiers législatifs dans les trois institutions), l'élaboration de politiques et d'actes législatifs « fondés sur des données probantes » par le recours aux études d'impact, une évaluation annuelle de la charge législative afin que les lois soient adaptées à leur objet.

Sous-section II L'exécutif

1513 L'article 291 TFUE dispose : « Les États membres prennent toutes les mesures de droit interne nécessaires pour la mise en œuvre des actes juridiquement contraignants de l'Union. Lorsque des conditions uniformes d'exécution des actes juridiquement contraignants de l'Union sont nécessaires, ces actes confèrent des compétences d'exécution à la Commission ou, dans des cas spécifiques dûment justifiés et dans les cas prévus aux articles 24 et 26 du Traité sur l'Union européenne, au Conseil ».

Le rôle principal est bien donné aux États membres eux-mêmes, puisque le droit de l'Union est mis en œuvre par les législations de chaque pays membre, les États gardant par ailleurs leur souveraineté dans les domaines qui ne sont pas couverts par les traités.

Mais la Commission a pour rôle essentiel **(§ I)** d'exécuter directement les décisions du Conseil lorsque des conditions uniformes d'exécution des actes juridiquement contraignants sont nécessaires, sauf si le Conseil décide de garder cette exécution.

Dans ce rôle, il est assisté de comités composés de représentants des États membres **(§ II)**.

§ I Le rôle essentiel de la Commission

1514 À côté des actes d'exécution **(A)**, l'article 290 TFUE dispose qu'un « acte législatif peut déléguer à la Commission le pouvoir d'adopter des actes non législatifs de portée générale qui complètent ou modifient certains éléments non essentiels de l'acte législatif » **(B)**.

A/ L'acte d'exécution

1515 La Commission exerce les compétences que le Conseil lui confère pour l'exécution des règles qu'il établit conformément aux dispositions de l'article 211 TCE (ex-art. 155). Il y a donc une délégation de pouvoirs par le Conseil au profit de la Commission. Ces pouvoirs sont bien ceux de la Commission, qui n'a pas de comptes à rendre au Conseil.

L'article 202 TCE (ex-art. 145) dispose que le Conseil confère à la Commission, dans les actes qu'il adopte, les compétences d'exécution des règles qu'il établit, et que dans ce cadre il peut soumettre l'exercice de ces compétences à certaines modalités. La fonction d'exécution revient forcément à la Commission, sauf dans certains cas particuliers.

Le rôle d'exécution de la Commission est désormais prévu parmi d'autres compétences par l'article 17, § 1er TUE. La Commission a des fonctions d'exécution conformément aux conditions prévues par les traités.

Ce rôle d'exécution est subsidiaire, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, puisque la Commission n'agira que lorsque des conditions uniformes d'exécution des actes juridiquement contraignants de l'Union sont nécessaires. Ces actes confèrent des compétences d'exécution à la Commission ou, dans des cas spécifiques dûment justifiés et dans les cas prévus aux articles 24 et 26 du Traité sur l'Union européenne, au Conseil (665).

Ce rôle d'exécution est plus large quant à la matière, l'article 291 TFUE disposant : « tout acte juridique contraignant ».

B/ L'acte délégué

1516 L'acte délégué est introduit par l'article 290 du traité de Lisbonne. Désormais, un acte législatif peut déléguer à la Commission le pouvoir d'adopter des **actes non législatifs de portée générale** qui complètent ou modifient certains éléments non essentiels de l'acte législatif. La Commission a donc un second pouvoir à côté de celui d'exécution : le pouvoir de compléter ou modifier un acte législatif dès lors que la modification ne porte pas sur un élément essentiel.

Ce pouvoir est exclusivement réservé à la Commission.

1517 La délégation au profit de la Commission n'est possible qu'à plusieurs conditions.

Pour que la délégation soit possible il faut non seulement que l'acte législatif délimite de manière explicite les objectifs, le contenu, la portée et la durée de la délégation de pouvoir, mais également que cet acte ne porte pas sur des éléments essentiels d'un domaine, car ceux-ci relèvent de la compétence exclusive du Conseil.

Pour que la délégation soit valable, elle ne doit pas avoir été révoquée par le Parlement européen ou le Conseil et ne pas avoir fait l'objet d'objections de la part du Parlement européen ou du Conseil dans le délai qui leur est ouvert.

La délégation qui remplit les conditions sus-énoncées est applicable immédiatement.

1518 Mais subsistent deux difficultés : celle de la délimitation **des éléments essentiels ou non** d'un acte législatif pour la délégation, et surtout celle de la délimitation des **actes d'exécutions et de délégations**. S'agissant de cette dernière, les institutions ont procédé par la technique du *Common understanding* pour apporter des précisions sur les actes délégués (conditions, durée, cas de révocation ou d'objections), mais ce document n'apporte pas de réponse à la question du choix entre la délégation ou l'acte d'exécution.

La Cour de justice est venue apporter des précisions sur ce choix dans deux arrêts (*Biocides* du 18 mars 2014 et *Visa* du 16 juillet 2015).

1519 Dans l'arrêt *Biocides*, la Commission européenne demande l'annulation de l'article 80, § 1, du règlement (UE) nº 528/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, concernant la mise à disposition sur le marché et l'utilisation des produits biocides, en tant que cette disposition prévoit l'adoption de mesures établissant les redevances exigibles par l'Agence européenne des produits chimiques par un acte fondé sur l'article 291, § 2 TFUE et non par un acte adopté sur le fondement de l'article 290, § 1 TFUE. La Cour précise qu'il n'y a pas de définition de l'acte d'exécution, et que cet acte ne peut être adopté par la Commission, ou le Conseil dans certains cas spécifiques, que pour assurer qu'un acte juridiquement contraignant de l'Union soit exécuté dans des conditions uniformes dans l'Union et que la notion d'acte d'exécution doit être appréciée par rapport à celle d'acte délégué prévu à l'article 290 TFUE.

(665) TFUE, art. 291.

La Cour rappelle qu'avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, l'expression « compétences d'exécution » comprenait non seulement la compétence pour mettre en œuvre, au niveau de l'Union, un acte législatif de l'Union, mais également la compétence pour modifier ou compléter des éléments non essentiels d'un acte législatif et que depuis, les articles 290 et 291 TFUE opèrent une distinction. Le législateur donne *soit un pouvoir de modifier ou compléter* des éléments non essentiels d'un acte législatif, et dans ce cas l'acte législatif doit contenir de manière explicite le contenu, la portée et la durée de la délégation conformément à l'article 290, § 1 TFUE, *soit un pouvoir d'exécution*, et dans ce cas il revient à la Commission d'en préciser le contenu pour assurer sa mise en œuvre dans des conditions uniformes dans tous les États membres conformément à l'article 291 TFUE, sans qu'aucune modification de l'acte législatif soit possible. La Cour rejettera la demande de la Commission, estimant qu'en l'espèce il s'agit bien d'un acte d'exécution, car le système des redevances est organisé complètement par le règlement.

1520 Dans l'arrêt *Visa*, la Commission demande à l'inverse l'annulation de l'article 1er, points 1 et 4 du règlement (UE) no 1289/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2013, modifiant le règlement (CE) no 539/2001 du Conseil fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, en tant que ces dispositions confèrent à la Commission un pouvoir délégué au sens de l'article 290, § 1 TFUE et non pas un pouvoir d'exécution au sens de l'article 291, § 2 TFUE. La Cour juge que dès lors que le règlement prévoit la possibilité pour la Commission, dans certaines circonstances, de réintroduire le visa même provisoire, il s'agit d'un pouvoir de modification du texte et donc d'une délégation. La Cour rejette le critère matériel invoqué par la Commission pour distinguer acte délégué et acte d'exécution ; le critère, selon la Commission, est l'existence et l'étendue de la liberté d'appréciation conférée par l'acte législatif.

1521 Dans un arrêt en date du 8 octobre 2015 concernant des règlements délégués pris en application de la directive sur les systèmes de transports intelligents dans le domaine du transport routier, le Tribunal de l'Union européenne décide que les compétences de la Commission au titre d'une délégation se distinguent des compétences d'exécution, notamment en ce qui concerne la marge d'appréciation dont elle dispose, critère matériel qu'elle avait rejeté par la Cour dans l'arrêt *Visa*, et déboute la République tchèque de ses demandes en annulation des règlements délégués nos 885/2013 et 886/2013 de la Commission européenne en ce que celle-ci a outrepassé la délégation qui lui a été consentie. La République tchèque forme un pourvoi devant la Cour. Elle sera de nouveau déboutée.

§ II Le rôle des comités techniques ou la comitologie

1522 Dans le cadre de l'exercice de sa fonction d'exécution, la Commission est contrôlée dans le cadre du mécanisme de la comitologie, dont il convient de présenter les fondements **(A)** et le processus **(B)**.

A/ Les fondements

1523 Lorsque la Commission exerce des fonctions d'exécution qui lui sont confiées par un texte législatif, ce texte énonce également que la Commission doit être assistée de comités composés de représentants des États membres. Cette pratique régulière des institutions avait été validée par la jurisprudence *Köster* de la Cour de justice, et par la suite réglementée pour

la première fois par une décision du 13 juillet 1987 (666). Deux procédures s'appliquent aux actes d'exécution de la Commission : soit une procédure d'examen, soit une procédure consultative. Le rôle du comité est fonction de la procédure. Dans la procédure d'examen, le comité vote l'acte à la majorité qualifiée, et à défaut la Commission ne peut pas l'adopter. Toutefois, la Commission pourra aller devant le comité d'appel pour un deuxième débat sur ce texte. Dans la procédure consultative, l'avis du comité ne lie pas la Commission.

1524 Une deuxième décision *Comitologie* a été adoptée en 1999 (667) et fixe les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission. Cette décision définit les critères déterminant le choix parmi quatre procédures du comité : consultative, de gestion, de réglementation et de sauvegarde. La décision de 1999 a été modifiée par une décision de 2006 (668), qui a introduit la procédure de réglementation avec contrôle conférant plus de pouvoirs au Parlement. Le traité de Lisbonne, pour tenir compte de l'évolution de la procédure de comitologie, a créé la catégorie des actes délégués.

B/ Le processus

1525 Le règlement européen n° 182/2011 prévoit deux procédures dans lesquelles la Commission statue après avis d'un comité composé des représentants des États membres : une procédure d'examen ou une procédure consultative, ainsi qu'il a été précisé ci-avant. Par dérogation, la Commission peut adopter un acte d'exécution sans cet avis, au vu d'un acte de base qui justifie l'urgence.

Chaque comité est présidé par un membre de la Commission qui ne prend pas part au vote.

Le règlement de 2011 fixe le fonctionnement général des comités, les prérogatives dévolues aux membres des comités et les délais et modalités de prise des avis.

La Commission publie un rapport annuel sur les travaux des comités de comitologie, qui détaille leurs activités dans chaque domaine d'action.

Section III Les différentes compétences au sein de l'Union

1526 L'Union européenne, et par conséquent ses institutions, n'ont que les compétences que les États membres leur ont données au moyen des traités : il s'agit du principe d'attribution. L'Union ne peut agir que dans la limite de ces compétences et pour atteindre les objectifs fixés dans les traités. En l'absence de compétence conférée par ces traités, les États membres gardent leur pouvoir. Avant l'étude de l'exécution des différentes compétences **(Sous-section II)**, il convient de procéder à leur distinction **(Sous-section I)**.

Sous-section I La distinction des différentes compétences

1527 Le traité de Lisbonne met fin au silence et classe les compétences en trois catégories : les compétences exclusives **(§ I)**, les compétences partagées **(§ II)**, et les compétences d'appui **(§ III)**.

(666) CJCE, 17 déc. 1970, aff. 25/70, *Köster*.
(667) Cons. CE, déc. n° 1999/468/CE, 28 juin 1999 : *JOCE* n° I 184, 17 juill. 1999, p. 23.
(668) Cons. CE, déc. n° 2006/512/CE, 17 juill. 2006 : *JOUE* n° I 200, 22 juill. 2006, p. 11.

§ I Les compétences exclusives

L'article 2.1 TFUE dispose que : « Lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence exclusive dans un domaine déterminé, seule l'Union peut légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants, les États membres ne pouvant le faire par eux-mêmes que s'ils sont habilités par l'Union, ou pour mettre en œuvre les actes de l'Union ». **1528**

Conformément à l'article 3, alinéa 1 TFUE, l'Union dispose d'une compétence exclusive dans les domaines suivants : **1529**

a) l'union douanière ;
b) l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur ;
c) la politique monétaire pour les États membres dont la monnaie est l'euro ;
d) la conservation des ressources biologiques de la mer dans le cadre de la politique commune de la pêche ;
e) la politique commerciale commune.

L'alinéa 2 dudit article dispose que l'Union dispose également d'une compétence exclusive pour la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion est prévue dans un acte législatif de l'Union, ou est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne, ou dans la mesure où elle est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée.

§ II Les compétences partagées

L'article 2.2 TFUE stipule que : « Lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence partagée avec les États membres dans un domaine déterminé, l'Union et les États membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants dans ce domaine. Les États membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne. Les États membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne ». **1530**

L'article 4 TFUE dispose que les compétences partagées entre l'Union et les États membres s'appliquent aux principaux domaines suivants : **1531**

- le marché intérieur ;
- la politique sociale, pour les aspects définis dans le présent traité ;
- la cohésion économique, sociale et territoriale ;
- l'agriculture et la pêche, à l'exclusion de la conservation des ressources biologiques de la mer ;
- l'environnement ;
- la protection des consommateurs ;
- les transports ;
- les réseaux transeuropéens ;
- l'énergie ;
- l'espace de liberté, de sécurité et de justice ;
- les enjeux communs de sécurité en matière de santé publique, pour les aspects définis dans le présent traité ;
- la recherche, du développement technologique et de l'espace ;
- la coopération au développement et de l'aide humanitaire.

§ III Les compétences d'appui

1532 L'Union dispose dans certains domaines d'une compétence pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres, sans pour autant remplacer leur compétence.

1533 L'article 6 TFUE dispose que les compétences pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres s'appliquent aux domaines suivants :

a) la protection et l'amélioration de la santé humaine ;
b) l'industrie ;
c) la culture ;
d) le tourisme ;
e) l'éducation, la formation professionnelle, la jeunesse et le sport ;
f) la protection civile ;
g) la coopération administrative.

Sous-section II L'exercice des compétences au sein de l'Union

1534 Le traité de Lisbonne poursuit l'œuvre du traité de Maastricht (669), et distingue à l'article 5, § 1er TUE le principe d'attribution qui régit la délimitation des compétences de l'Union, des principes de subsidiarité **(§ I)** et de proportionnalité **(§ II)**, deux principes fondamentaux qui régissent l'exercice de ces compétences. Relève également de l'exercice des compétences de l'Union le système de coopération renforcée **(§ III)**.

§ I Le principe de subsidiarité

1535 Avant de définir la subsidiarité **(B)** et d'étudier son contrôle **(C)**, il sera recherché son fondement **(A)**.

A/ Fondement

1536 Le principe de subsidiarité remonte à une doctrine sociale catholique, et plus particulièrement à l'encyclique *Quadragesimo Anno* du pape Pie XI, en date du 15 mai 1931. Selon cette doctrine, les personnes doivent régler leurs problèmes sociaux, politiques et humains à l'intérieur de leurs communautés de proximité (famille, école, entreprise, commune), et ne doivent faire appel à l'ordre supérieur, par exemple à l'État, qu'en dernier ressort et que si le problème posé dépasse les capacités d'analyse ou de résolution des communautés de proximité.

Ce principe existe aussi dans les structures fédérales, comme en droit allemand. Ainsi, les articles 70-75 de la loi fondamentale de 1949 permettent, dans les domaines de compétences concurrentes, aux *Länder* et au *Bund* de légiférer. Les *Länder* disposent d'une priorité, mais le *Bund* peut intervenir à « titre subsidiaire » si les conditions prévues à l'article 72, § 2

(669) TCE, ex-art. 5 (ex-art. 3 B CEE).

de la Loi fondamentale (670) sont remplies. Le terme *subsidiaire* n'apparaîtra réellement qu'avec l'entrée en vigueur du traité de Maastricht.

Les traités originaires ne mentionnaient pas la subsidiarité, mais en appliquaient le principe. La procédure prévue à l'ex-article 308 CE permettait à la Communauté européenne de légiférer aux lieu et place de ses États membres, lorsque l'action de la Communauté s'avérait nécessaire dans des domaines non ou partiellement communautarisés pour réaliser des objets de la Communauté. L'ex-article 94 TCE, dans le cadre du rapprochement des législations, précise que « l'Europe peut rapprocher les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun », et reconnaît indirectement que les décisions ont bien été prises par les États membres.

Le traité de Rome prévoit un principe de subsidiarité en matière de politique de l'environnement, et l'intervention communautaire ne sera possible que dans la mesure où les objectifs de la politique pourront être mieux réalisés au niveau communautaire qu'au niveau national (671).

1537 Le traité de Maastricht généralise définitivement le principe de subsidiarité dans l'activité de l'Union. Le principe de subsidiarité est alors un rempart à une communautarisation excessive pour les États membres qui souhaitent garder la priorité d'agir. Ce principe est contenu dans l'article 1er ainsi rédigé : « (...) une union (...) dans laquelle les décisions sont prises (...) le plus près possible des citoyens », dans l'ex-article 2 devenu article 3, § 6 TUE, lequel précise que : « L'Union poursuit ses objectifs par des moyens appropriés, en fonction des compétences qui lui sont attribuées dans les traités », et est surtout visé textuellement par l'article 5 TCE. Le traité précise que les politiques nouvelles doivent rester de la compétence des États membres, et l'article 6 TFUE les classe dans les compétences d'appui.

B/ Définition

1538 L'article 5 TFUE ne définit pas la subsidiarité, mais précise son champ d'application. Ainsi, la subsidiarité s'appliquera dans tous les domaines à l'exception du domaine de la compétence exclusive. L'Union ne peut légiférer que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être réalisés de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, *mais* peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union.

Deux conditions sont énoncées pour que la subsidiarité s'applique : une insuffisance étatique, mais également une plus-value apportée par l'intervention de l'Union par rapport à celle étatique. Le traité de Lisbonne a substitué le mot « mais » au mot « et », retirant par là même le lien automatique entre les deux critères et semant incidemment un doute sur leur caractère cumulatif.

1539 Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, adopté en même temps que le traité d'Amsterdam, n'a pas levé ce doute, et a ajouté de plus des lignes directrices s'écartant du texte du traité.

Le protocole mentionne les « deux aspects » mais évoque la « condition susmentionnée » au point 5. Les trois lignes directrices sont les suivantes : l'Union n'intervient que si l'action

(670) Loi fondamentale, 23 mai 1949, art. 72, § 2 : « Dans les domaines de l'article 74, al. 1, nos 4, 7, 11, 13, 15, 19a, 20, 22, 25 et 26, la Fédération a le droit de légiférer lorsque et pour autant que la réalisation de conditions de vie équivalentes sur le territoire fédéral ou la sauvegarde de l'unité juridique ou économique dans l'intérêt de l'ensemble de l'État rendent nécessaire une réglementation législative fédérale ».

(671) Traité CEE, ex-art. 130 R, § 4.

des États membres n'est pas *satisfaisante* et non plus *suffisant*, et dans une situation transnationale. L'Union intervient pour une question de légalité et de préjudice pouvant résulter pour l'ensemble des États membres d'une action isolée d'un État. Et l'Union est compétente si cela présente un avantage manifeste par rapport au niveau national.

Le nouveau Protocole n° 2 renvoie pour les critères de subsidiarité aux critères généraux de l'article 5 TUE. Ainsi, l'intervention de l'Union se fera si l'objectif de l'Union peut être mieux atteint avec celle-ci par rapport au niveau national. L'insuffisance de l'État est établie dès lors que l'intervention de l'Union réalise mieux les objectifs de l'Union. Le critère de plus-value semble être suffisant pour l'application de la subsidiarité (672).

C/ Le contrôle de la subsidiarité

1540 L'application du principe de subsidiarité est contrôlée tant au niveau du processus législatif **(I)** qu'après l'adoption du texte **(II)**.

I/ Le contrôle au cours de l'adoption

1541 Le Conseil, le Parlement européen et la Commission ont adopté, le 25 octobre 1993, une déclaration interinstitutionnelle sur la démocratie, la transparence et la subsidiarité (673). La Commission s'engage à justifier l'intervention de l'Union lors de l'initiative législative, mais également tout au long du processus. Le Parlement et le Conseil s'obligent de la même manière à prendre en compte le principe de subsidiarité lors de l'amendement des propositions.

Le protocole additionnel au traité de Lisbonne élargit l'application de la subsidiarité à l'ensemble des sujets de droit de l'Union et aux États membres dans le cadre du processus législatif. Le traité de Lisbonne lui-même étend l'initiative législative à d'autres institutions, ce qui induit une obligation pour tous d'évaluer l'opportunité, un bilan coût-avantage, de l'intervention de l'Union. La Cour de justice se limite à ce que la subsidiarité ressorte clairement des motifs de la décision (674).

1542 Le traité de Lisbonne confère un pouvoir de contrôle de la subsidiarité aux parlements nationaux.

Les parlements nationaux disposent d'un droit de s'opposer au projet législatif lorsqu'ils estiment que celui-ci ne respecte pas le principe de subsidiarité (V. procédés du « carton jaune » et du « carton orange » cités *infra*, n° 1509).

II/ Le contrôle après l'adoption

1543 L'acte législatif pourrait être contesté après son adoption devant la Cour de justice par un recours en annulation introduit par un État membre, le Conseil ou la Commission, ou par renvoi préjudiciel relatif à un acte de droit dérivé qui ne respecterait pas le principe de subsidiarité.

La Cour de justice peut être saisie d'un recours en annulation sur le principe du non-respect de la subsidiarité, mais ne reconnaît pas la possibilité de faire rétroagir ce principe aux origines de l'Union. Abandonnant le principe du contrôle de forme sur la motivation, la

(672) CJUE, 18 juin 2015, aff. C-508/13, *Estonie* c/ *Parlement européen et Conseil*.
(673) www.cvce.eu/obj/declaration_interinstitutionnelle_sur_la_democratie_la_transparence_et_la_subsidiarite_25_octobre_1993
(674) CJCE, 13 mai 1997, aff. C-233/94, *RFA* c/ *Parlement européen et Conseil*.

Cour examine au fond les deux critères, positif et négatif (675). La possibilité pour les États membres d'introduire un recours en annulation a conduit en France à l'adoption de loi constitutionnelle du 20 décembre 2007 pour tenir compte de ce pouvoir propre conféré à chacune des deux chambres du Parlement.

Le Comité des régions dispose également d'un pouvoir de recours contre un acte législatif, mais sous réserve que pour son adoption le traité ait prévu sa consultation (676).

Une personne physique peut saisir la Cour d'une action en annulation, conformément à l'article 263 TFUE, contre les actes dont elle est **destinataire** ou qui la concernent **directement et individuellement**. De la même manière, la personne physique ou morale, qui aurait un intérêt agir, pourra saisir la Cour par renvoi préjudiciel, contre un acte dérivé de l'Union qui lui aurait porté personnellement préjudice.

§ II Le principe de proportionnalité

1544 Confondu souvent avec le principe de subsidiarité, le principe de proportionnalité est visé à l'article 5, § 1 et notamment au § 4 TUE ainsi rédigé : « L'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité. » Avant de définir son champ d'application **(B)** et d'étudier son contrôle **(C)**, il sera recherché son fondement **(A)**.

A/ Son fondement

1545 Les traités constitutifs contiennent des traces de ce principe de proportionnalité dans plusieurs de leurs dispositions. L'ex-article 34 TCE (devenu 40 TFUE) relatif à la politique agricole commune délimite le pouvoir de la Communauté, et indique que : « L'organisation commune (...) doit se limiter à poursuivre les objectifs énoncés à l'article 33 ».

L'ex-article 30 (devenu 36 TFUE) prévoit que les dispositions des articles 28 (interdiction des restrictions à l'importation) et 29 (interdiction des restrictions à l'exportation) ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit **lorsqu'elles sont justifiées par des motifs d'intérêt général**. L'État membre pourra donc dans ce cas poser des interdictions ou restrictions à la libre circulation des marchandises, mais celles-ci ne doivent pas être représentatives d'une restriction déguisée dans le commerce. Elles doivent donc être proportionnelles.

La proportionnalité était également induite par la possibilité ouverte au Conseil de prendre les dispositions nécessaires pour réaliser un objectif de la Communauté sans que le traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet (677).

La jurisprudence de la Cour de justice (678) développera ce principe en tant que principe fondamental du droit de l'Union et le déclarera opposable tant aux institutions de l'Union qu'aux États membres dans l'exercice du droit de l'Union.

(675) CJCE, 5 oct. 2001, aff. C-377/98, *Royaume-Uni* c/ *Parlement européen et Conseil : Rec. CJCE* 1996, I, p. 7079. – CJCE, 12 juill. 2005, aff. C-154/04, *Alliance for Natural Health : Rec. CJCE* 2005, I, p. 6451. – CJUE, 8 juin 2010, *Vodafone Ltd : Rec. CJUE* 2010, I, p. 4999.
(676) *JO* 5 févr. 2008. – TPICE, 21 févr. 1995, aff. T-29/92, *VSOBS : Rec. TPICE* 1995, II, p 289.
(677) TCE, art. 308 devenu 352.
(678) CJCE, 17 juill. 1970, aff. 11/70, *Internationale Handelsgeseltschaft : Rec. CJCE* 1970, I, p. 1125. – CJCE, 20 févr. 1979, aff. C-122/78, *SA Buitoni* c/ *Forma : Rec. CJCE* 1979, I, p. 677.

Le traité de Maastricht consacrera définitivement ce principe à l'article 5 et prévoit également dans le domaine de la protection de l'environnement des mesures dérogatoires ou un soutien financier lorsqu'une mesure envisagée « implique des coûts disproportionnés pour les pouvoirs publics d'un État membre » (679).

Le traité de Lisbonne définit le principe de proportionnalité à l'article 5, § 4 TFUE : « En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités ».

Les institutions peuvent décider la nature de l'acte en se fondant sur ce principe lorsque le traité est muet à ce sujet (680).

B/ Son champ d'application

1546 Le principe de proportionnalité s'applique aussi bien aux compétences concurrentes qu'aux compétences exclusives, son existence étant antérieure à cette distinction.

Il s'applique également, ainsi qu'il a été précisé ci-avant, aux institutions, mais aussi aux États membres dans l'exercice de leurs fonctions d'exécution du droit de l'Union.

C/ Contrôle de la proportionnalité

1547 Le législateur européen doit choisir la mesure la plus appropriée. En cas d'excès, la mesure peut être annulée pour non-respect de la proportionnalité. Le Protocole additionnel n° 2 annexé aux traités de Maastricht et de Lisbonne sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité fixe les règles de ce contrôle.

Dans le cadre du processus législatif, les projets doivent être motivés au regard du principe de proportionnalité, et pour ce, être accompagné d'une fiche d'évaluation de l'impact financier, du bilan coût-avantage (681). Le législateur européen dispose à ce titre d'un pouvoir de libre appréciation. La Cour de justice ne pourra intervenir qu'en cas d'erreur manifeste ou de détournement de pouvoir.

La Cour contrôle les actes sur trois points : la nécessité de la mesure au regard de l'objectif poursuivi, le non-dépassement de ce qui est approprié, et le choix de la mesure la moins contraignante pour les administrés ou les opérateurs économiques.

Le juge analyse si le choix est basé sur des critères objectifs, et si les objectifs recherchés par la mesure adoptée justifient les conséquences économiques négatives (682). Le contrôle du juge est encore plus strict en matière de protection des droits fondamentaux (683).

§ III La coopération renforcée

1548 Dans l'Union européenne, les règles applicables doivent être les mêmes pour tous les États membres, l'égalité de traitement étant le principe. Néanmoins, le principe de différenciation a toujours été applicable dans les traités anciens. Citons pour exemple les régimes particuliers ou les périodes transitoires pour les nouveaux entrants dans l'Union (684), ou encore les clauses de sauvegarde. Par ailleurs, le traité de Rome (art. 233) et aujourd'hui le TFUE

(679) TFUE, art. 192, § 5.
(680) TFUE, art. 296.
(681) TFUE, art. 5.
(682) CJUE, 8 juin 2010, *Vodafone Ltd : Rec. CJUE* 2010, I, p. 4999.
(683) CJUE, 8 avr. 2014, aff. C- 293 et 594/12, *Digital Rights Ireland Ltd*.
(684) TUE, art. 49.

(art. 350), préservaient l'union régionale des trois États du Benelux. Le traité de Maastricht a constitué un moment important de cette différenciation aux termes duquel des rythmes différents et des méthodes différentes sont prévus pour atteindre les objectifs de l'Union. Rappelons pour mémoire l'instauration de critères pour entrer dans la Communauté euro ou encore la création d'un statut particulier s'agissant de la monnaie, de la politique étrangère de sécurité, de la citoyenneté pour le Danemark suite au rejet du traité de Maastricht par le pays.

1549 Le traité d'Amsterdam et aujourd'hui le traité de Lisbonne ont autorisé le régime de la coopération renforcée **(A)** : « Les États membres qui souhaitent instaurer entre eux une coopération renforcée dans le cadre des compétences non exclusives de l'Union peuvent recourir aux institutions de celle-ci et exercer ces compétences en appliquant les dispositions appropriées des traités (...) ». La mise en œuvre de ce régime a été assouplie **(B)**.

A/ Le régime

1550 La coopération renforcée est une procédure **facultative** qui peut être adoptée non seulement dans les domaines non couverts par l'Union européenne, mais également dans les domaines de compétences partagées (685). L'article 42, § 2 TUE offre en matière de politique et de sécurité commune un exemple de coopération hors traité et vise notamment l'OTAN. Elle ne peut porter sur des domaines de compétences exclusives de l'Union.

La coopération renforcée est une compétence commune, et par conséquent doit respecter le cadre institutionnel de l'Union. Elle ne doit d'ailleurs être utilisée qu'en dernier ressort, les procédures de droit commun devant avoir échoué. Elle ne peut porter atteinte ni au marché intérieur ni à la cohésion économique, sociale et territoriale. Elle ne peut constituer ni une entrave, ni une discrimination aux échanges entre les États membres, ni provoquer de distorsions de concurrence entre ceux-ci (686).

1551 Les actes adoptés dans le cadre de la coopération renforcée ne lient que les États participants, et ne sont donc pas considérés comme un acquis de l'Union devant être accepté par les États candidats à l'adhésion (687).

La coopération renforcée doit respecter « les compétences, droits et obligations des États membres qui n'y participent pas » (688). Les États membres non participants peuvent rejoindre à tout moment le groupe des États signataires en vertu de la clause d'ouverture contenue à l'article 20, § 1. Ils doivent pour cela accepter la décision initiale comme l'ensemble des décisions prises, l'objectif étant de promouvoir la promotion de la participation du plus grand nombre (689).

Pour qu'il y ait coopération renforcée, il faut un accord de neuf États membres.

B/ La mise en œuvre

1552 La coopération renforcée est soumise à l'accord du Conseil des Ministres statuant à la majorité qualifiée (sauf PESC où l'unanimité est requise) sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen.

(685) CJCE, 15 nov. 1994, avis nº 1/94, aff. *OMC : Rec. CJCE* 1994, I, p. 5267.
(686) TFUE, art. 326.
(687) TUE, art. 20, § 4.
(688) TFUE, art. 327.
(689) TFUE, art. 328, § 1.

En matière de coopération judiciaire pénale et de coopération policière, en cas d'opposition à un projet législatif, un groupe d'au moins neuf États membres peut demander l'instauration quasi automatique d'une coopération renforcée.

1553 Les actes de la coopération renforcée sont adoptés selon les règles et procédures propres aux domaines dans lesquels celle-ci va s'appliquer (TUE, art. 20, § 1). Tous les États participent aux délibérations, mais seuls les États participants ont le droit de vote.

L'article 333 TFUE prévoit une « clause passerelle » propre à la coopération renforcée. Celle-ci permet au Conseil, lorsque les mesures requièrent l'unanimité ou une procédure spéciale, de prendre une décision pour un vote à la majorité qualifiée ou à une procédure législative ordinaire.

1554 Les décisions de coopération renforcée sont soumises aux règles générales du contentieux de l'Union. La Cour de justice n'est cependant pas compétente pour les décisions de coopération renforcée dans le cadre de la PESC, sous réserve de l'article 275 TFUE.

Les règlements jumeaux « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » sont des illustrations récentes de la coopération renforcée.

SOUS-TITRE II

La règle de droit européen

1555 L'Union européenne dispose de son propre système juridique et de son droit. Ses principes et ses règles se trouvent dans les traités constitutifs de l'Union. Ces traités, adoptés par les États membres, constituent le socle de l'ordre juridique européen. Cette source est nommée **droit primaire**.

L'Union européenne elle-même est créatrice de droit. Elle adopte des actes unilatéraux tels que les directives, les règlements, les décisions et les recommandations, mais également des actes conventionnels. Ces actes sont fondés sur les traités et s'appliqueront à ses membres. Cette source est appelée **droit dérivé**.

Le droit de l'Union comprend également **des sources subsidiaires** qui ne figurent pas spécifiquement dans les traités, mais émanent de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, du droit international, des principes généraux du droit.

CHAPITRE I Le droit primaire

1556 Le droit primaire est le droit directement créé par les États membres et qui est à l'origine de l'ordre juridique de l'Union européenne, c'est ainsi qu'il est aussi appelé droit communautaire originaire. Ce droit originaire est composé des traités constitutifs, mais aussi de leurs annexes, des protocoles et des modificatifs les concernant **(Section I)**.

1557 Le droit primaire se situe au sommet de la hiérarchie de l'ordre juridique et prime les normes dérivées **(Section II)**.

Section I Les composantes du droit primaire

Le droit primaire écrit est composé des traités fondateurs **(Sous-section I)**, des traités qui sont venus les modifier **(Sous-section II)** ainsi que des protocoles, annexes et déclarations **(Sous-section III)**. **1558**

Sous-section I Les traités fondateurs

Le premier traité, qui n'est plus en vigueur aujourd'hui, a été le Traité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (Traité CECA) du 18 avril 1951, suivi duTraité instituant la Communauté économique européenne (Traité CEE), devenu le Traité instituant la Communauté européenne (Traité CE), et le Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique (Traité CEEA), signés à Rome et entrés en vigueur le 1er janvier 1958. Puis le Traité sur l'Union européenne a été signé à Maastricht le 7 février 1992. Il est entré en vigueur le 1er novembre 1993. **1559**

Ces traités ont été modifiés tantôt pour rendre l'Union européenne plus efficace, tantôt pour accueillir de nouveaux adhérents. **1560**

Les traités qui ont porté sur une révision d'ensemble sont les suivants :

- le traité de fusion (traité de Bruxelles), signé le 8 avril 1965, entré en vigueur le 1er juillet 1967, ayant pour objet la modernisation des institutions ;
- l'Acte unique européen (AUE), signé le 17 février 1986 (Luxembourg) et le 28 février 1986 (La Haye), entré en vigueur le 1er juillet 1987, ayant pour objet de réformer les institutions pour accueillir le Portugal et l'Espagne et le processus des décisions pour préparer le marché unique ;
- le Traité sur l'Union européenne (TUE) (traité de Maastricht), signé le 7 février 1992, entré en vigueur le 1er novembre 1993, ayant pour objet la création d'une union monétaire (l'euro) et les bases d'une union politique ;
- le traité d'Amsterdam, signé le 2 octobre 1997, entré en vigueur le 1er mai 1999, ayant pour objet la réforme des institutions pour accueillir de nouveaux membres ;
- le traité de Nice, signé le 26 février 2001, entré en vigueur le 1er février 2003, ayant pour objet la réforme des institutions pour le fonctionnement de l'Union européenne à vingt-cinq États membres ;
- le traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007, entré en vigueur le 1er décembre 2009, ayant pour objet de rendre l'Union européenne plus démocratique et la rendre plus efficace pour traiter les problèmes mondiaux.

Le traité de Lisbonne supprime la Communauté européenne et y substitue l'Union européenne. Il maintient, d'une part, la CEEA en apportant quelques modifications au niveau des dispositions institutionnelles et financières (690) et, d'autre part, les deux traités sur lesquels est fondé l'Union européenne : le Traité sur l'Union européenne (TUE), et le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) (691). Ces deux traités ont la même valeur juridique. Il n'existe ni barrière ni hiérarchie entre ces deux textes, même si la terminologie pourrait faire penser que le TFUE est l'instrument de mise en œuvre du TUE.

(690) Prot. nº 2, art. 3, § 3.
(691) TUE, art. 1er, al. 3 et TFUE, art. 1er, al. 2.

Le traité de Lisbonne reconnaît par ailleurs la valeur juridique des traités à la Charte des droits fondamentaux (692). Le traité de Lisbonne a désormais autorisé le retrait d'un État membre (693).

1561 Ces traités sont autonomes les uns par rapport aux autres, mais participent d'une unité fonctionnelle. Ainsi en ont décidé les juges (694). Ainsi, en cas de mutisme d'un des traités, la Cour pourra se référer aux dispositions d'un autre des traités. La Cour a pu décider par exemple, dans une affaire *CEZ* (695), que le principe de non-discrimination fondé sur la nationalité prévu au Traité CE (art. 12) s'applique également dans le cadre du Traité CEEA, muet à ce sujet, en tant que principe général du droit communautaire. Et inversement la Cour admet la validité d'un recours fondé uniquement sur le Traité CECA contre une décision du Parlement qui concerne les autres traités muets à ce sujet (696).

Sous-section II Les traités d'adhésion

1562 L'article 49 TUE dispose que tout État européen qui respecte les valeurs visées à l'article 2 et s'engage à les promouvoir peut demander à devenir membre de l'Union.

Il faut rappeler que l'article 2 mentionne comme valeurs le respect de la dignité humaine, de la liberté, de la démocratie, de l'égalité, de l'État de droit, ainsi que le respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités, et précise que ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes.

1563 La procédure d'adhésion débute donc par la demande d'un État membre. Le Parlement européen et les parlements nationaux sont informés de cette demande. L'État demandeur adresse sa demande au Conseil, lequel se prononce à l'unanimité après avoir consulté la Commission et après approbation du Parlement européen qui se prononce à la majorité des membres qui le composent.

Ensuite un accord est signé entre le Conseil et l'État membre sur les conditions de l'admission et les adaptations que cette admission entraîne en ce qui concerne les traités sur lesquels est fondée l'Union.

Ledit accord est soumis à la ratification par tous les États contractants, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives.

1564 Les différents traités d'adhésion signés jusqu'à maintenant sont les suivants :
- 1973 (Danemark, Irlande et Royaume-Uni) ;
- 1981 (Grèce) ;
- 1986 (Espagne et Portugal) ;
- 1995 (Autriche, Finlande et Suède) ;
- 2004 (Chypre, Estonie, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Malte, Pologne, République tchèque, Slovaquie et Slovénie) ;
- 2007 (Bulgarie et Roumanie) ;
- 2013 (Croatie).

(692) TUE, art. 6, § 1er, al. 1.
(693) TUE, art. 50.
(694) CJCE, 15 juill. 1960, aff. C-27 et C-39/59, *Campolongo* c/ *Haute Autorité : Rec. CJCE* 1960, I, p. 824.
(695) CJCE, 27 oct. 2009, aff. C-115/08.
(696) CJCE, 10 févr. 1983, aff. C-230/81, *Luxembourg* c/ *Parlement européen : Rec. CJCE* 1983, I, p. 255.

Sous-section III Les protocoles, annexes et déclarations

Le Traité sur l'Union européenne et le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne sont complétés par trente-sept protocoles et deux annexes, et soixante-cinq déclarations. **1565**

§ 1 Les protocoles

Il existe trente-sept protocoles au niveau européen, dont la liste figure ci-après : **1566**

- Protocole (n° 1) sur le rôle des parlements nationaux dans l'Union européenne ;
- Protocole (n° 2) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité ;
- Protocole (n° 3) sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne ;
- Protocole (n° 4) sur les statuts du Système européen de banques centrales et de la Banque centrale européenne ;
- Protocole (n° 5) sur les statuts de la Banque européenne d'investissement ;
- Protocole (n° 6) sur la fixation des sièges des institutions et de certains organes, organismes et services de l'Union européenne ;
- Protocole (n° 7) sur les privilèges et immunités de l'Union européenne ;
- Protocole (n° 8) relatif à l'article 6, § 2, du traité sur l'Union européenne sur l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
- Protocole (n° 9) sur la décision du Conseil relative à la mise en œuvre des articles 16, paragraphe 4, du Traité sur l'Union européenne et 238, § 2, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne entre le 1er novembre 2014 et le 31 mars 2017, d'une part, et à partir du 1er avril 2017, d'autre part ;
- Protocole (n° 10) sur la coopération structurée permanente établie par l'article 42 du Traité sur l'Union européenne ;
- Protocole (n° 11) sur l'article 42 du Traité sur l'Union européenne ;
- Protocole (n° 12) sur la procédure concernant les déficits excessifs ;
- Protocole (n° 13) sur les critères de convergence ;
- Protocole (n° 14) sur l'Eurogroupe ;
- Protocole (n° 15) sur certaines dispositions relatives au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ;
- Protocole (n° 16) sur certaines dispositions relatives au Danemark ;
- Protocole (n° 17) sur le Danemark ;
- Protocole (n° 18) sur la France ;
- Protocole (n° 19) sur l'acquis de Schengen intégré dans le cadre de l'Union européenne ;
- Protocole (n° 20) sur l'application de certains aspects de l'article 26 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne au Royaume-Uni et à l'Irlande ;
- Protocole (n° 21) sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'espace de liberté, de sécurité et de justice ;
- Protocole (n° 22) sur la position du Danemark ;
- Protocole (n° 23) sur les relations extérieures des États membres en ce qui concerne le franchissement des frontières extérieures ;
- Protocole (n° 24) sur le droit d'asile pour les ressortissants des États membres de l'Union européenne ;
- Protocole (n° 25) sur l'exercice des compétences partagées ;
- Protocole (n° 26) sur les services d'intérêt général ;
- Protocole (n° 27) sur le marché intérieur et la concurrence ;
- Protocole (n° 28) sur la cohésion économique, sociale et territoriale ;
- Protocole (n° 29) sur le système de radiodiffusion publique dans les États membres ;

- Protocole (n° 30) sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la Pologne et au Royaume-Uni ;
- Protocole (n° 31) relatif aux importations dans l'Union européenne de produits pétroliers raffinés aux Antilles néerlandaises ;
- Protocole (n° 32) sur l'acquisition de biens immobiliers au Danemark ;
- Protocole (n° 33) sur l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;
- Protocole (n° 34) sur le régime particulier applicable au Groenland ;
- Protocole (n° 35) sur l'article 40.3.3 de la Constitution de l'Irlande ;
- Protocole (n° 36) sur les dispositions transitoires ;
- Protocole (n° 37) relatif aux conséquences financières de l'expiration du Traité CECA et au fonds de recherche du charbon et de l'acier.

1567 Ces protocoles ont la même valeur juridique que les traités eux-mêmes. Certains protocoles présentent une très grande importance, comme par exemple le Protocole n° 3 sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne.

§ II Les annexes

1568 Il existe deux annexes :
- la liste, prévue à l'article 38 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, des produits soumis aux dispositions de ce traité relatives à l'agriculture et à la pêche ;
- et la liste des pays et territoires d'outre-mer auxquels s'appliquent les dispositions de la quatrième partie du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (art. 198 et s.).

1569 Ces annexes ont la même valeur juridique que les traités eux-mêmes.

§ III Les déclarations

1570 Au nombre total de soixante-cinq, les déclarations sont annexées à l'acte de la Conférence intergouvernementale (CIG) qui a adopté le traité de Lisbonne.

Ces déclarations peuvent être de trois types :
- déclarations relatives à des traités ;
- déclarations relatives à des protocoles annexés aux traités ;
- et déclarations émanant d'États membres.

1571 Les déclarations n'ont pas force obligatoire. Néanmoins, lorsqu'elles sont adoptées par l'ensemble des États membres, elles peuvent avoir une forte autorité politique, alors que les déclarations émanant d'États membres reflètent simplement la position de ces derniers sur un point sans avoir autorité à l'égard des autres États.

Section II La portée des traités

1572 La portée d'un traité sera caractérisée par son champ matériel **(Sous-section I)**, son champ territorial **(Sous-section II)**, son champ temporel **(Sous-section III)** et son effet direct **(Sous-section IV)**.

Sous-section I Le champ matériel des traités

1573 Les matières régies par les traités découlent du partage de compétences entre l'Union européenne et les États membres, opéré dans les traités constitutifs eux-mêmes. L'Union

européenne ne dispose que d'une compétence d'attribution et « n'agit que dans les limites des compétences que les États lui ont attribuées dans les traités et que toute compétence non attribuée à l'Union appartient aux États membres » (697). Les compétences ne sont pas toutes confiées exclusivement à l'Union. Certaines sont partagées et d'autres sont des compétences d'appui.

1574 Le Traité CECA (marché commun du charbon et de l'acier) donnait dans son annexe 1 la liste des produits couverts par les expressions « charbon » et « acier ». Le traité de Lisbonne (698) fait référence au marché intérieur sans donner de précision. La Cour se fonde sur l'un des objectifs fixés à la Communauté européenne par l'article 2 du Traité CE : assurer le développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques. La Cour a donné une définition du critère d'activité économique dans une affaire concernant des objets à caractère artistique ou archéologique, et a jugé qu'ils étaient régis par le traité dès lors qu'ils sont des « produits appréciables en argent et susceptibles comme tels de former l'objet de transactions commerciales » (699). Il en a été jugé ainsi des activités sportives, si elles donnent lieu à des prestations de travail rémunérées par un salaire ou à des prestations de services rémunérées (700). Dans un arrêt en date du 12 avril 2005 (701), la Cour a jugé que les utilisations militaires de l'énergie nucléaire ne relèvent pas de son champ d'application.

Sous-section II Le champ territorial des traités

1575 L'article 299, § 1 TCE précise que le traité s'applique aux États membres ainsi qu'aux départements français d'outre-mer, aux Açores, à Madère et aux îles Canaries. L'article 355 TFUE a ajouté nommément les départements d'outre-mer et Mayotte, ancien Pays et territoire d'outre-mer (PTOM). Les traités s'appliquent également aux territoires européens dont un État membre assure les relations extérieures, à savoir Gibraltar et les îles Aland. Sont exclues de l'application des traités les îles Féroé, les zones de souveraineté que le Royaume-Uni a conservées à Chypre (bases militaires), les îles anglo-normandes et l'île de Man (sauf les règles douanières et les règles de restrictions quantitatives), la Principauté de Monaco, la République de Saint-Marin qui ont le statut d'États indépendants.

1576 Certains territoires bénéficient d'un **régime particulier** qui tient compte de leur spécificité, et ainsi les règles de l'Union ne leur seront pas appliquées ou pas appliquées dans les mêmes termes.

Les pays et territoires d'outre-mer dont la liste figure à l'annexe II du TFUE (702) bénéficient du **régime de l'association** (703), défini dans la quatrième partie du traité et qui a pour but de favoriser leur développement économique, social et culturel. Le traité d'Ams-

(697) TUE, art. 5, § 2.
(698) TCE, art. 2.
(699) CJCE, 10 déc. 1968, aff. C-7/68, *Commission* c/ *Italie* : *Rec. CJCE* 1968, I, p. 618.
(700) CJCE, 12 déc. 1974, aff. C-36/74, *Walrave* : *Rec. CJCE* 1974, I, p. 1405.
(701) CJCE, 15 déc. 1995, aff. C-415/93 : *Rec. CJCE* 1995, I, p. 4921.
(702) TFUE, ann. II : Le Groenland, – La Nouvelle-Calédonie et ses dépendances, – la Polynésie française, – les Terres australes et antarctiques françaises, – les îles Wallis-et-Futuna, – Mayotte, – Saint-Pierre-et-Miquelon, – Aruba, – Antilles néerlandaises : – Bonaire, – Curaçao, – Saba, – Sint Eustatius, – Sint Maarten, – Anguilla, – les îles Caïmans, – les îles Falkland, – Géorgie du Sud et les îles Sandwich du Sud, – Montserrat, – Pitcairn, – Sainte-Hélène et ses dépendances, – le territoire de l'Antarctique britannique, – les territoires britanniques de l'océan Indien, – les îles Turks-et-Caicos, – les îles Vierges britanniques, – les Bermudes.
(703) Régime d'application partielle du droit de l'Union.

terdam prévoit également un régime particulier pour les régions ultrapériphériques (RUP) : la Guadeloupe, la Martinique, la Guyane, La Réunion, Saint-Martin, Mayotte, les Açores, Madère et les îles Canaries. La Cour a jugé, à propos de Mayotte, que ces mesures particulières pouvaient fixer des conditions d'application « non seulement des dispositions de traités, mais également de celles du droit dérivé » (704).

1577 Le droit de l'Union s'applique à toute personne physique ou morale, nonobstant sa nationalité, dès lors qu'elles exercent une activité même professionnelle sur le territoire d'un État membre. La Cour a jugé qu'une entreprise américaine était soumise au droit de la concurrence et aux sanctions en matière d'ententes anticoncurrentielles ou en matière de position dominante, si le comportement de celle-ci a une incidence sur le fonctionnement du marché intérieur (705).

Sous-section III Le champ temporel des traités

1578 Les traités sont des conventions, conclues entre États membres, et prévoient eux-mêmes tant leur entrée en vigueur que leur durée d'application. Le traité de Lisbonne **(§ II)** est venu largement modifier la situation ancienne **(§ I)**.

§ I Avant le traité de Lisbonne

1579 Avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, les traités entraient en vigueur à la date prévue par les traités eux-mêmes. L'article 247 du Traité CEE, devenu article 313 du Traité CE, stipulait que le traité entrerait en vigueur le premier jour du mois suivant le dépôt du dernier instrument de ratification ou, si ce dépôt avait lieu moins de quinze jours avant le début du mois suivant, le premier jour du deuxième mois suivant la date de ce dépôt. Cette date d'entrée en vigueur a été celle du 1er janvier 1958.

L'entrée en vigueur respecte donc la règle de droit international de dépôt des instruments de ratification des traités. Cette règle a retardé notablement, à de multiples reprises, l'entrée en vigueur des traités de révision (traités de Maastricht, Nice et Lisbonne).

1580 Cette entrée en vigueur des traités se distingue de l'existence de certaines de leurs dispositions qui peuvent avoir une application différée ou progressive. Tel a été le cas de l'établissement du marché commun sur une période transitoire de douze années divisée en trois étapes de quatre années, prévue à l'article 8 du Traité CEE. Il en est de même des dispositions transitoires prévues dans le cadre d'adhésion de nouveaux membres.

1581 S'agissant de la durée d'application du traité, il convient également de se rapporter à ses dispositions. Le Traité CECA avait été conclu pour une durée de cinquante ans, alors que d'autres traités l'ont été pour une durée illimitée : Traité CE, Traité CEEA, TUE.

Les traités peuvent faire l'objet de révisions, mais l'unanimité sera requise.

Il y a également lieu de préciser qu'une non-application des traités dans le temps ne les rendra pas caducs. Ainsi en a décidé la Cour dans une affaire dans laquelle la France prétendait que le Traité Euratom était devenu désuet du fait de sa non-application (706).

(704) CJUE, 15 déc. 2015, aff. C-132/14, *Parlement* c/ *Conseil : Europe* févr. 2016, 39, D. Simon.
(705) CJCE, 21 févr. 1973, aff. C-6/72, *Continental Can Inc. : Rec. CJCE* 1973, I, p. 215.
(706) CJCE, 14 déc. 1971, aff. C-7/71, *France* c/ *Commission : Rec. CJCE* 1971, I, p. 1003.

Sur la question de la possibilité d'arrêter l'applicabilité dans le temps, un État membre ne pouvait *a priori* pas se retirer sans l'accord des autres, cette possibilité ne lui étant pas offerte précédemment par les traités.

§ II L'apport du traité de Lisbonne

1582 Le traité de Lisbonne devait entrer en vigueur le 1er janvier 2009 à condition que tous les instruments de ratification aient été déposés, ou le premier jour du mois suivant le dépôt de l'instrument de ratification de l'État signataire qui procède le dernier à cette formalité, ce qui a conduit à son entrée en vigueur le 1er décembre 2009. Les articles 16 et 17 fixent respectivement des règles de vote au Conseil ainsi que des règles de composition de la Commission, d'application échelonnée.

Le traité lui-même est conclu pour une durée illimitée (707).

Ce traité apporte de la souplesse à l'organisation de l'Union européenne, notamment dans les modalités de révision **(A)**, mais également par la possibilité offerte aux États membres de se retirer plus facilement **(B)**.

A/ Les modalités de révision

1583 Ce traité modifie de manière importante la procédure de révision. Le principe de l'unanimité ne disparaît pas, cependant l'article 48, § 1 introduit de nouvelles règles : « Les traités peuvent être modifiés conformément à une procédure de révision ordinaire. Ils peuvent également être modifiés conformément à des procédures de révision simplifiées ».

La procédure ordinaire de révision est ouverte à tout État membre, à la Commission et désormais au Parlement européen. Cette procédure concerne les modifications les plus importantes apportées aux traités, telles que l'accroissement ou la réduction des compétences de l'Union européenne. Un projet de révision est soumis au Conseil qui, à son tour, le soumet au Conseil européen et informe les États membres de la procédure. Si le Conseil est favorable à la révision, il a deux options :

- soit les modifications sont considérées comme importante, alors il convoque une convention composée des parlements nationaux, des chefs d'État ou de gouvernement des pays de l'Union européenne, du Parlement européen et de la Commission. Cette convention adopte des accords. Puis le président du Conseil convoque une Conférence des représentants des gouvernements des pays de l'Union européenne. Cette conférence a pour objectif d'adopter les modifications à apporter aux traités ;
- soit les modifications ne le sont pas et il ne convoque pas de conférence.

1584 Deux procédures simplifiées sont également prévues par le traité : la procédure de révision simplifiée des politiques et actions internes de l'Union **(I)** et la clause passerelle **(II)**.

I/ La révision simplifiée

1585 Le Conseil européen peut adopter des décisions modifiant des dispositions du TFUE (3e partie) sans convoquer une conférence intergouvernementale et sans convention. À cette occasion, le Conseil européen statue à l'unanimité après consultation du Parlement européen et de la Commission, ainsi que de la Banque centrale européenne en cas de modification institutionnelle dans le domaine monétaire. Le texte modificatif devra être ratifié par les États membres. Saisie d'un renvoi par l'Irlande dans une affaire qui l'opposait à

(707) TUE, art. 53 ; TFUE, art. 356.

M. Pringle, la Cour a jugé que la révision du TFUE autorisant l'adoption par les États membres de la zone euro de l'accord MES (mesure instituant un mécanisme de stabilité dans les États signataires) au moyen de la procédure simplifiée était légale (708). La décision ne peut toutefois pas accroître les compétences attribuées à l'Union dans les traités.

II/ La clause passerelle

1586 Instituée par l'article 48, § 7 TUE, cette clause permet au Conseil européen de voter à la majorité qualifiée au lieu d'un vote à l'unanimité dans un domaine relevant du TFUE ou de la politique étrangère et de sécurité commune de l'Union européenne (PESC), sauf dans le cas des décisions ayant des implications militaires ou relevant du domaine de la défense.

Le Conseil européen peut décider à l'unanimité, après approbation du Parlement, de substituer la procédure législative ordinaire à une procédure spéciale, pour que la décision soit adoptée en codécision par le Parlement et le Conseil à la majorité qualifiée.

L'utilisation de cette clause doit être notifiée aux parlements nationaux, et la décision prise ne pourra entrer en vigueur que si ces derniers ne s'y opposent pas dans un délai de six mois suivant la notification.

B/ Le retrait

1587 En vertu de l'article 50 TUE, tout État membre pourra, en respectant ses règles constitutionnelles, se retirer de l'Union. Le retrait est soumis à une période transitoire de deux années au cours desquelles le retrayant peut négocier un accord avec l'Union, fixant les modalités de son retrait et ses relations futures avec l'Union. Cet accord est conclu par le Conseil statuant à la majorité qualifiée après approbation du Parlement européen. Ce droit a été exercé par le Royaume-Uni, après un vote des citoyens britanniques du 23 juin 2016, par notification au Conseil européen en date du 27 mars 2017. Un traité de retrait a été régularisé le 25 novembre 2018 et sera soumis à la ratification du Parlement britannique. Le Royaume-Uni ne devrait plus faire partie de l'Union européenne à partir du 29 mars 2019.

Sous-section IV L'effet direct des traités

1588 Le principe d'effet direct permet à tout individu d'invoquer une norme européenne directement devant les tribunaux nationaux ou européens, indépendamment de l'existence de textes issus en droit national. Ce droit peut être invoqué vis-à-vis du pays (effet direct appelé **vertical**), mais également vis-à-vis d'un autre individu (effet direct appelé horizontal). La Cour reconnaît selon les types d'actes soit un effet plein (effet direct vertical et horizontal), soit un effet partiel (limité à l'effet direct vertical).

1589 La Cour de justice a posé, dans l'arrêt *Van Gend en Loos*, le principe de l'effet direct des traités, et en a également précisé les conditions : la disposition concernée doit être suffisamment claire et précise, inconditionnelle et son application ne doit nécessiter aucune mesure complémentaire, ni de nature communautaire, ni de nature nationale.

La Cour a refusé de reconnaître l'effet direct à l'article 2 TCE (auquel s'est substitué l'article 3 TUE) fixant les objectifs de l'Union qu'elle juge trop général dans sa formulation (709).

(708) CJUE, 27 nov. 2012, aff. C-370/12.
(709) CJCE, 24 janv. 1991, aff. C-339/89, *Alsthom Atlantique : Rec. CJCE* 1991, I, p. 107.

La Cour adopte la même position à l'égard de l'article 13 TCE (remplacé par l'article 19 TFUE) qui confère la possibilité et non l'obligation de combattre toute discrimination (710).

CHAPITRE II Le droit dérivé

1590 Le droit dérivé désigne les actes pris par les institutions et les organes de l'Union européenne dans l'exercice des compétences qui leur sont attribuées par les traités. Ce droit dérive donc du droit primaire.

L'étude portera, dans un premier temps, sur l'analyse des différents actes **(Section I)** et, dans un second temps, de leur régime juridique **(Section II)**.

1591 Les actes qui peuvent être pris par les institutions et organes de l'Union figurent à l'article 288, alinéa 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), lequel dispose : « Pour exercer les compétences de l'Union, les institutions adoptent des règlements, des directives, des décisions, des recommandations et des avis » **(Section I)**.

La liste des actes figurant à l'article 288 TFUE n'est pas exhaustive. Tandis que le traité prévoit le recours à des actes propres à certaines actions ou politiques, la pratique institutionnelle elle, est venue apporter d'autres actes non prévus **(Section II)**.

Section I Les actes visés à l'article 288 TFUE

1592 L'article 288 TFUE dispose que pour exercer les compétences de l'Union, les institutions adoptent quatre catégories d'actes : des règlements **(§ I)**, des directives **(§ II)**, des décisions **(§ III)**, et des recommandations et des avis **(§ IV)**. Les trois premières de ces catégories ont le point commun d'être des actes obligatoires, à la différence de la quatrième.

Dans un arrêt *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes* rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 14 décembre 1962, la Cour a précisé que la nature de l'acte ne dépendait pas de sa dénomination, mais de son objet et de son contenu. Les différents actes seront donc présentés sous ces deux aspects : objet et contenu.

§ I Le règlement

1593 L'article 288, alinéa 2 TFUE précise que : « Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre ».

Les règlements sont des actes quasi législatifs ayant un effet normatif *erga omnes* (711).

Cet acte est obligatoire dans tous ses éléments dès son entrée en vigueur ; entrée en vigueur qui, à défaut d'indication précise par le règlement lui-même, est le vingtième jour suivant sa publication au *Journal officiel de l'Union européenne*.

Le règlement bénéficie d'une présomption de validité. Tout règlement pris conformément à un traité est donc valable tant qu'une juridiction compétente n'a pas contesté sa validité. Ainsi en a jugé la Cour de justice des Communautés européennes dans une affaire *Granaria* rendue le 13 février 1979.

Ce règlement peut être défini par comparaison avec les autres actes.

(710) CJCE, 11 mars 2003, aff. C-186/01, *Dory : Rec. CJCE* 2003, I, p. 2479.
(711) CJCE, 20 mars 1959, aff. 18/57, *Nold*.

1594 Le règlement, à la différence d'une décision, s'applique donc à des situations générales et impersonnelles. Cette distinction a été reprise dans l'arrêt précité rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 14 décembre 1962 sur le fondement de l'article 189 du Traité CEE, l'enjeu de la qualification soit de décision soit de règlement étant la possibilité ou non de faire un recours contre l'acte concerné. La Cour donne une définition indirecte de la décision par rapport au règlement : « On ne saurait considérer comme constituant une décision un acte applicable à des situations déterminées objectivement et qui comporte des effets juridiques immédiats, dans tous les États membres, à l'égard de catégories de personnes envisagées d'une manière générale et abstraite, à moins qu'il ne soit prouvé que certains sujets en sont concernés individuellement, au sens de l'article 173, alinéa 2 ».

1595 Le règlement a un caractère obligatoire dans tous ses éléments. Ce caractère obligatoire le distingue des recommandations et des avis, lesquels n'ont pas de force contraignante, et ce caractère *obligatoire dans tous ses éléments* le distingue de la directive qui ne lie les États membres que quant au résultat à atteindre.

Au moyen du règlement qui doit être appliqué dans tous ses éléments sans distinction par les États membres, les droits nationaux sont unifiés.

1596 Ce règlement est par ailleurs applicable immédiatement, et ce sans mesures de réception par les États membres. Le caractère immédiat confère des droits aux particuliers que les juridictions nationales ont l'obligation de protéger (712).

Ce caractère immédiat signifie qu'un État membre ne doit pas entraver l'applicabilité par des mesures de réception. Ainsi, la Cour de justice des Communautés européennes avait condamné l'Italie dans un arrêt rendu le 7 février 1973, pour avoir prévu un procédé particulier d'exécution d'un règlement (713). En France, l'applicabilité directe des règlements a été reconnue par une décision du Conseil constitutionnel du 30 décembre 1977, laquelle précisait que la force obligatoire qui s'attache aux dispositions que les règlements comportent n'est pas subordonnée à une intervention des autorités des États membres et, notamment, du Parlement français. Le Conseil d'État a, de son côté, décidé que le règlement s'intégrait dans le droit interne des États membres, dès sa publication (714).

1597 L'effet direct et immédiat des règlements n'est pas remis en cause par les mesures d'application prises par les autorités nationales.

En matière de coopération civile et judiciaire, des mesures d'application des règlements ont été nécessaires. Force est de constater aujourd'hui que les décrets d'application sont tardifs, ce qui engendre une période de flottement.

À titre d'exemple, le règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, entré en vigueur le 21 janvier 2005, a été mis en application par un décret n° 2017-892 du 6 mai 2017.

Il en est de même du règlement (CE) 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, entré en vigueur le 16 août 2012, applicable aux successions ouvertes à partir du 17 août 2015, lequel a fait l'objet d'un règlement

(712) CJCE, 17 mai 1972, aff. 93/71, *Leonisio*.
(713) CJCE, 7 févr. 1973, aff. 39/72, *Commission* c/ *Italie*.
(714) CE, 22 déc. 1978, *Synd. viticole des Hautes Graves de Bordeaux*.

d'exécution (UE) n° 1329/2014 de la Commission du 9 décembre 2014, entré en vigueur le 17 août 2015, et a été mis en application par décret n° 2015-1395 du 2 novembre 2015 portant diverses dispositions d'adaptation entré en vigueur le 5 novembre 2015. *Quid* des certificats successoraux européens établis avant ce décret ?

§ II La directive

1598 L'article 288 TFUE dispose que la directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens.

La directive peut s'apparenter à une loi-cadre ; elle donne aux États membres une obligation de résultat avec un délai pour transposer l'acte en droit interne.

Alors que le règlement ne laisse aucune marge pour les États membres, la directive leur laisse le choix des moyens.

Et alors que le règlement s'applique directement et immédiatement, la directive ne bénéficie aux individus que lorsqu'elle est transposée. Passé le délai de transposition, la directive pourra néanmoins produire un effet direct si elle est suffisamment précise et inconditionnelle (715).

1599 La directive doit être transposée. En France, le Conseil constitutionnel a affirmé dans une décision en date du 10 juin 2004 (716) qu'en vertu de l'article 88-1 de la Constitution (717), la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution.

1600 Ce principe a été de nouveau rappelé par le Conseil constitutionnel dans une décision du 26 juillet 2018 concernant la loi sur le secret des affaires (718). Les Sages ont précisé que le contrôle qu'ils exercent est soumis à une double limite :

- « la transposition d'une directive ou l'adaptation du droit interne à un règlement ne sauraient aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti » ;
- « il ne saurait déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer ou avec le règlement auquel elle adapte le droit interne ».

1601 Cette obligation consiste pour l'État membre, d'une part, en la prise de toutes les mesures nécessaires dans son droit interne en vue d'assurer le plein effet de la directive conformément aux objectifs poursuivis par celle-ci et, d'autre part, en l'élimination des dispositions en droit interne incompatibles avec les objectifs de la directive.

L'État membre doit « traduire les dispositions de la directive dans les dispositions internes ayant un caractère contraignant » ... « de simples pratiques administratives, par nature modifiables au gré de l'administration ne peuvent pas être considérées comme une exécution valable de l'obligation découlant de cette directive » Ainsi en ont décidé les juges dans le cadre d'une action de la Commission européenne contre les Pays-Bas, au sujet de la

(715) CJCE, 5 avr. 1979, aff. 148/78, *Ratti*.
(716) Cons. const., 10 juin 2004, n° 2004-496, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*.
(717) « La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences. »
(718) Cons. const., 26 juill. 2018, n° 2018-768 DC.

transposition d'une directive du 8 décembre 1975 concernant la qualité des eaux de baignade (719).

Il s'agit bien de traduction et non de reprise formelle et textuelle de la directive ; l'obligation de transposition peut se satisfaire d'un contexte général juridique dès lors que celui-ci assure effectivement la pleine application de la directive d'une façon suffisamment claire et précise (720).

Cette transposition doit être correcte, mais également complète. La France a été condamnée pour ne pas avoir transposé la totalité des articles de la directive du Conseil du 23 avril 1990, relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement (721).

1602 Cette obligation de résultat passe par une transposition, mais également par une interdiction de dispositions réglementaires contraires.

Ainsi les États membres ne peuvent plus édicter des textes réglementaires incompatibles avec les objectifs d'une directive dont le délai de transposition est expiré (722), mais ils ne peuvent plus non plus, après l'expiration des délais impartis par les directives, laisser subsister des dispositions réglementaires qui ne seraient plus compatibles avec les objectifs définis par les directives dont s'agit (723).

1603 La Commission européenne a mis en place un outil global de mesure du niveau de transposition des directives : le tableau d'affichage du marché unique. Ce tableau est actualisé deux fois par an et mesure donc l'effort des pays dans la transposition. La France avait un taux de déficit de transposition de 7,4 % en 1997 et a un taux de déficit de 1 % aujourd'hui. L'amélioration est bien évidemment importante, ceci étant la France fait partie des mauvais élèves de l'Union.

Le Conseil européen a fixé en mars 2007 un objectif de 1 % de déficit maximum de transposition aux États membres à partir de 2009, objectif atteint par notre pays depuis 2009, le taux de déficit de transposition oscillant entre 0,3 % à 1 %.

La prise en compte tant du rapport d'information fait au nom de la commission des Finances sur l'application du droit communautaire de l'environnement, par M^me^ Fabienne Keller, déposé le 12 octobre 2011 et préconisant de « changer de méthode » et de « garder le cap », que les sanctions financières prévues en cas de retard de transposition ont permis l'amélioration du taux de transposition. Un *Guide des bonnes pratiques concernant la transposition des directives européennes* a été publié en 2011 sous l'égide du Secrétariat général des affaires européennes (SGAE) (724).

La France n'arrive cependant pas, dans la majorité des cas, à respecter les délais de transposition. En 2015, plus de 64 % des directives avaient été transposées après leur échéance initiale (source : SGAE).

1604 Par ailleurs, la Commission peut, depuis le traité de Lisbonne, par combinaison des articles 258 et de l'article 260, § 3 TFUE, demander la condamnation pécuniaire en cas de retard de transposition, ce qui a obligé les États membres à accentuer leurs efforts.

(719) CJCE, 25 mai 1982, aff. 96/81, *Commission* c/ *Pays-Bas*.
(720) CJCE, 9 avr. 1987, aff. 363/85, *Commission* c/ *Italie*.
(721) CJCE, 20 nov. 2003, aff. C-296/01, *Commission* c/ *France*.
(722) CE, 28 sept. 1984, *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française*.
(723) CE, 3 févr. 1989, *Cie Alitalia*.
(724) Consultable sur le site du Sénat.

1605 En France, le législateur est compétent pour la transposition lorsque la directive entre dans le domaine de l'article 34 de la Constitution. Dans la négative, elle peut être transposée par ordonnances. L'autorité compétente pour transposer les directives doit être déterminée conformément au principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres (725).

La Cour de justice des Communautés européennes a condamné la Belgique dans un arrêt rendu le 6 mai 1980, laquelle invoquait l'absence de transposition lorsque la directive a un effet direct.

L'accord « Mieux légiférer » conclu entre le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et la Commission européenne le 13 avril 2016, et publié le 12 mai 2016 au *Journal officiel de l'Union européenne* a pour but d'améliorer la réglementation européenne par une transparence, par une consultation des citoyens tout au long du processus, et par une anticipation des conséquences de la proposition de textes. L'esprit de cet accord est de mieux cibler la réglementation pour une meilleure efficacité à moindre coût. Ainsi, cet accord prévoit que lorsque dans le cadre de la transposition de directives de droit national, des États membres décident d'ajouter des éléments qui ne sont aucunement liés à cette législation de l'Union, ces ajouts devraient être identifiables soit grâce aux actes de transposition, soit grâce à des documents associés.

§ III La décision

1606 L'article 288, alinéa 4 TFUE dispose que la décision est obligatoire dans tous ses éléments. Lorsqu'elle désigne des destinataires, elle n'est obligatoire que pour ceux-ci. Alors que l'article 249, alinéa TCE disposait : « La décision est un acte obligatoire dans tous ses éléments pour les destinataires qu'elle désigne ». Cette nouvelle rédaction, issue de la révision du traité de Lisbonne, permet à une décision d'avoir une portée générale en l'absence d'indication de destinataires.

Ces destinataires peuvent être des particuliers ou des États membres.

1607 Les décisions se distinguent des actes préparatoires adoptés dans le cadre du processus de décision qui eux n'ont pas de caractère obligatoire. Ainsi les griefs qui peuvent être communiqués par la Commission par lettre, ne constituant pas une décision, ne sont pas susceptibles de recours en annulation (726).

§ IV Les recommandations et avis

1608 Ces actes se distinguent des trois précédents ci-dessus étudiés par l'absence d'un effet obligatoire. L'alinéa 5 de l'article 288 TFUE est ainsi rédigé : « Les recommandations (A) et les avis (B) ne lient pas ».

Ils ne font pas non plus obligatoirement l'objet d'une publication au *Journal officiel de l'Union européenne*.

1609 Les **recommandations** sont des actes émis par la Commission européenne ou le Conseil de l'Union européenne afin d'inciter les États membres à adopter un comportement particulier. Chaque année, la Commission européenne analyse en détail les plans de réformes budgétaires, macro-économiques et structurelles des États membres de l'Union, auxquels

(725) Principe d'équipollence : Pr Kovar, *Observations sur l'intensité normative des directives*, in *Liber amicorum P. Pescatore*, Baden Baden, Nomos, 1987, spéc. p. 359.
(726) CJCE, 11 nov. 1981, aff. 60/81, *IBM*.

elle adresse des recommandations par pays pour les douze à dix-huit mois suivants (source : Commission européenne).

En 2018 la France s'est vu adresser trois recommandations :

- *la première sur les finances publique.*
  La France doit veiller à diminuer sa dette publique avec deux axes suggérés : les recettes exceptionnelles (des privatisations) et la diminution du coût des retraites en uniformisant les différents régimes existants ;
- *la deuxième sur l'insertion sur le marché du travail.*
  Pour cela, la France doit réformer son système d'enseignement et de formation afin d'améliorer l'adéquation de celui-ci avec les besoins du marché du travail. La politique de formation serait notamment tournée vers les travailleurs peu qualifiés et des demandeurs d'emploi. Cette politique doit également favoriser l'égalité des chances et l'accès au travail pour les personnes issues de l'immigration et les habitants des quartiers défavorisés. Le tout sur un marché du travail qui doit être compétitif ;
- *la troisième sur la fiscalité.*
  La France doit simplifier son système fiscal, limiter le recours à l'impôt, supprimer les impôts inefficaces, baisser la fiscalité des entreprises pour améliorer la compétitivité, soutenir l'innovation.

1610 Le traité de Lisbonne a introduit un article 292 TFUE en vertu duquel le Conseil dispose du pouvoir général d'adopter des recommandations dans tous les domaines du traité. La Commission et la Banque centrale européenne disposent toutes deux du même pouvoir dans tous les cas prévus par les traités.

Les recommandations sont, selon la Cour de justice, généralement adoptées par les institutions lorsqu'elles ne détiennent pas, en vertu du traité, le pouvoir d'adopter des actes obligatoires ou lorsqu'il n'y a pas lieu d'édicter des règles plus contraignantes (727). Cet arrêt rappelle que la recommandation est un acte qui ne vise pas à produire un effet contraignant même à l'égard de son destinataire, et par conséquent ne peut pas faire l'objet d'un recours en annulation (728). Les juges précisent que ce n'est pas pour autant que la recommandation est dénuée de tout effet juridique ; les juges nationaux doivent prendre les recommandations en considération, et notamment lorsque celles-ci éclairent l'interprétation des dispositions nationales prises dans le but d'assurer leur mise en œuvre, ou lorsqu'elles ont pour objet de compléter des dispositions communautaires ayant un caractère contraignant.

Il faut distinguer la recommandation faite par un organe à un État membre et la recommandation adressée par la Commission au Conseil dans le cadre de sa fonction d'initiative.

1611 Les avis, quant à eux, expriment une opinion d'une institution ou d'un organe de l'Union européenne ou une information à l'attention d'un État membre ou d'une personne privée. Il ne faut pas les confondre avec les avis du Parlement européen ou du Conseil économique et social donnés dans le processus d'élaboration d'un acte.

1612 Les avis de la Banque centrale européenne ont une place particulièrement importante. En effet, celle-ci est consultée sur tout acte de l'Union ou tout projet de réglementation nationale « dans les domaines relevant de sa compétence ».

(727) CJCE, 13 déc. 1989, aff. 322/88, *Grimaldi*.
(728) TFUE, art. 263, al. 4.

Section II Les actes non visés à l'article 288 TFUE

Les institutions peuvent prendre des actes qui ne sont ni des règlements, ni des directives, ni des décisions, ni des recommandations, ni des avis. Ces actes peuvent être de deux natures : **1613**

- soit des actes qui ne portent pas l'une des appellations de l'article 288 TFUE, par exemple des communications, des résolutions, des déclarations... ;
- soit des actes qui portent l'une des appellations de l'article 288 TFUE, mais qui produisent un effet différent.

§ I Les actes non prévus par le TFUE

L'article 296, alinéa 1er TFUE dispose que lorsque les traités ne prévoient pas le type d'acte à adopter, les institutions le choisissent au cas par cas, dans le respect des procédures applicables et du principe de proportionnalité. L'alinéa 3 du même article limite cette possibilité en précisant que « le Parlement européen et le Conseil s'abstiennent d'adopter des actes non prévus par la procédure applicable au domaine concerné ». Ainsi, lorsque le traité prévoit un type d'acte à adopter, les institutions seront liées ; et lorsqu'il s'agira d'une procédure législative, elles n'auront de choix que dans les actes visés à l'article 288 TFUE. **1614**

Ni la nature ni les effets de ces actes ne figurent dans les traités compte tenu de leur caractère atypique. Néanmoins, la Cour de justice de l'Union européenne peut apprécier si le contenu de ces actes produit des effets de droit et la teneur de ces effets. La forme de l'acte ne peut pas changer sa nature (729). Même hors nomenclature, ces actes doivent respecter les droits de l'Union européenne (730). **1615**

§ II Les actes prévus par le TFUE

Le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit des actes portant la même dénomination que ceux de l'article 288, mais qui ne possèdent pas les mêmes caractéristiques. **1616**

Ainsi les institutions sont habilitées à adopter des règlements intérieurs pour organiser leur fonctionnement.

Il peut s'agir d'un règlement intérieur comme celui du Parlement européen ou du Conseil de l'Union européenne (731). Ces actes produisent des effets de droits et leur violation peut être invoquée devant le juge communautaire par un organe ou une personne privée (732).

Il peut également s'agir des règlements financiers pris en application de l'article 322 TFUE et de l'acte adoptant le statut des fonctionnaires communautaires.

Certains actes ont pour but de favoriser la coopération entre les États membres. Il en est ainsi des actions d'encouragement dans la politique de l'emploi, l'éducation, la formation professionnelle, la culture, la santé publique. Ils peuvent encore donner des « lignes directrices » aux États membres, comme le fait chaque année le Conseil en matière de politique d'emploi (733). Pour la portée de ces actes, il convient de regarder leur contenu. **1617**

(729) CJCE, 13 déc. 1989, aff. C-322/88, *Grimaldi*.
(730) CJCE, 14 avr. 2005, aff. C-110/03, *Belgique* c/ *Commission*.
(731) Cons. UE, déc. nº 2009/937/UE, 1er déc. 2009, portant adoption de son règlement intérieur.
(732) CJCE, 15 juin 1994, *Commission* c/ *BASF*.
(733) TFUE, art. 148, § 2.

1618 Certains actes s'adressent aux institutions, comme la directive que le Conseil adresse à la Commission dans le cadre de négociation des accords internationaux.

CHAPITRE III Le droit subsidiaire

1619 Le droit de l'Union européenne est constitué non seulement par des sources écrites, mais également par des sources non écrites appelées « le droit subsidiaire ». Le droit subsidiaire est utilisé par le juge de l'Union au titre de normes juridiques. Avant d'étudier ses applications **(Section II)**, sa création sera passée en revue **(Section I)**.

Section I La création jurisprudentielle

1620 La Cour de justice de l'Union européenne assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du droit de l'Union européenne. Cette mission s'étend au droit primaire, au droit dérivé, qu'il soit écrit ou non, et comprend également l'interprétation des accords internationaux conclus par l'Union ou la liant (734).

Le juge de l'Union dispose en principe de trois compétences : compétences contentieuses, compétences préjudicielles, mais aussi consultatives.

Les compétences contentieuses comprennent le recours en annulation des actes adoptés par les organes communautaires (il permet un contrôle de légalité), le recours en manquement d'États qui vise à sanctionner la transgression par ces derniers des règles communautaires, et le recours en carence des institutions qui sanctionne leur inaction ou leur abstention de prendre une décision prévue par le traité ou dont le besoin se fait sentir.

Les compétences préjudicielles comprennent les questions d'interprétation posées par les juges nationaux.

Et les compétences consultatives comprennent les décisions obligatoires destinées notamment à vérifier la compatibilité d'un accord envisagé par la Communauté et des tiers, avec les traités CEE ou Euratom.

Aucun texte ne prévoit un pouvoir normatif du juge. Néanmoins, le juge, dans le cadre de la mission qui lui est confiée, se révèle créateur de droit (735) par ses méthodes d'interprétation des textes **(Sous-section I)** et par le recours aux principes généraux du droit **(Sous-section II)**.

Sous-section I Les méthodes d'interprétation

1621 Le juge doit interpréter le droit de l'Union européenne. Il dispose pour cela de quatre méthodes d'interprétation : une méthode subjective **(§ I)**, une méthode textuelle **(§ II)**, une méthode téléologique **(§ III)** et un raisonnement systémique **(§ IV)**.

(734) TUE, art. 19, § 1.
(735) M. Bettati, *Le Law-making power de la Cour : Pouvoirs* 1989, n° 49, p. 56.

§ I La méthode subjective

Le juge va se référer à **l'intention de l'auteur** des textes. Pour ce faire, il analysera bien évidemment les textes eux-mêmes, mais également tous documents y afférents. **1622**

Pour interpréter les traités, le juge n'avait initialement pas accès aux travaux préparatoires qui étaient tenus secrets jusqu'en 1995. Le juge analysait l'intention sous le prisme des objectifs poursuivis, ce qui pouvait conduire à un dépassement des intentions. Les conférences préalables aux traités de révision sont également un outil d'interprétation pour le juge.

Pour interpréter les actes issus du droit dérivé, le juge se réfère, à défaut de documents préparatoires, à la portée du texte tel qu'il a été établi et lui donne le sens qui ressort de son interprétation logique (736). Pour cela, le juge interprète l'acte à la lumière **des motifs** qui ont conduit à son adoption, et il incorpore à cette occasion les avis ayant servi de base à la motivation (737).

La Cour a jugé de manière constante qu'une déclaration inscrite au procès-verbal du Conseil lors de l'adoption d'un texte ne saurait être retenue pour l'interprétation d'une disposition de droit dérivé lorsque le contenu de la déclaration ne trouve aucune expression dans le texte de la disposition en cause et n'a, dès lors, pas de portée juridique (738).

Il en va de même des déclarations unilatérales d'un État membre (739).

§ II La méthode textuelle

Le juge raisonne dans cette méthode sur l'utilité des textes. L'interprétation littérale du texte ne doit pas lui faire perdre son utilité (740) et le choix en cas de pluralités d'interprétation doit porter sur celle qui sauvegarde l'effet utile de la disposition (741). **1623**

Le juge a dû connaître également de très nombreux cas de divergences entre les **versions linguistiques** d'un texte communautaire. La Cour interprète la disposition non pas isolément dans l'une de ses versions, mais en fonction tant de la volonté réelle de son auteur que du but poursuivi par ce dernier, à la lumière notamment des versions établies dans toutes les langues de l'Union (742). **1624**

Le juge doit interpréter le texte, dans la mesure du possible, dans le sens de sa conformité avec les dispositions du traité et les principes généraux du droit de l'Union. Ainsi le juge refuse d'interpréter une disposition dont le sens est clair et dépourvu d'ambiguïté (743). **1625**

(736) CJCE, 1er juin 1961, aff. *Simon* c/ *Cour de Justice : Rec. CJCE* 1961, I, p. 225.
(737) Trib. UE, 13 déc. 2013, aff. T-240/10, *Hongrie* c/ *Commission*, pts 90 et 91.
(738) CJCE, 26 févr. 1991, aff. C-292/89, *Antonissen : Rec. CJCE* 1991, I, p. 745, pt 18. – CJCE, 6 mai 2003, aff. C-104/01, *Libertel : Rec. CJCE* 2003, I, p. 3793, pt 25. – CJCE, 10 janv. 2006, aff. C-402/03, *Skov et Bilka : Rec. CJCE* 2003, I, p. 199, pt 42, ainsi que CJCE, 19 avr. 2007, aff. C-356/05, *Farrell : Rec. CJCE* 2007, I, p. 3067, pt 31. – Trib. UE, 20 sept. 2012, aff. T-333/09, *Pologne* c/ *Commission*, pt 53 et CJCE, 19 déc. 2012, aff. C-149/11, *Leno Merken*, pt 46.
(739) CJCE, 30 janv. 1985, aff. C 143/83, *Commission* c/ *Danemark*, pt 13.
(740) CJCE, 15 juill. 1960, aff. C 20/69, *Fédéchar* c/ *Haute Autorité CECA*.
(741) CJCE, 24 févr. 2000, aff. C-434/97, *Commission* c/ *France*.
(742) Trib. UE, 28 sept. 2011, aff. F-23/10, *Allen* c/ *Commission*, pt 57. – Trib. UE, 8 nov. 2012, aff. T-268/11, *Commission* c/ *Strack*, pt 58.
(743) Trib. UE, 13 juill. 2018, aff. T-733/16, *Banque postale* c/ *BCE*, pts 34 et 35. – Trib. UE, 13 juill. 2018, aff. T-751/16, *Confédération nationale du Crédit mutuel* c/ *BCE*, pts 33 et 34

§ III La méthode téléologique

1626 Le juge doit interpréter un texte à la lumière du **but qu'il vise ou qu'on lui assigne**. Cette méthode complète la méthode littérale quand celle-ci ne suffit pas, ou vient la confirmer, ou s'y substitue dès que nécessaire.

Le juge a considéré que : « Dès lors que les interprétations littérale et historique d'un règlement, et en particulier de l'une de ses dispositions, ne permettent pas d'en apprécier la portée exacte, il y a lieu d'interpréter la réglementation en cause en se fondant tant sur sa finalité que sur son économie générale » (744).

§ IV La méthode systémique

1627 Le juge interprète un texte de l'Union à la lumière de son concept, pour retenir l'interprétation la plus cohérente. Des objectifs des traités comme l'intégration, la Cour a dégagé des principes de libre circulation, de non-discrimination et d'unité. Du système institutionnel prévu dans les traités, la Cour a dégagé des principes, présentés comme des conséquences dudit système, à savoir l'effet direct du droit communautaire (745), la primauté du droit de l'Union (746), l'alignement des compétences externes sur les compétences internes de l'union (747). La Cour a par ailleurs créé le principe de coopération loyale entre les États et les institutions en se fondant, d'une part, sur l'article 10 TCE et, d'autre part, sur la règle imposant aux États et aux institutions un devoir réciproque de coopération et d'assistance loyale.

Elle a admis des recours non prévus par les textes en s'appuyant sur la notion de communauté de droit ou au nom de la sauvegarde de l'équilibre institutionnel.

La Cour est allée jusqu'à l'interprétation *contra legem* à plusieurs reprises. Dans un arrêt *Rosneft* rendu le 28 mars 2017 (748), du nom de l'entreprise russe à l'encontre de laquelle certaines mesures restrictives ont été adoptées par l'Union européenne, la Cour reconnaît sa propre compétence pour apprécier la validité de dispositions de la décision 2014/512 dans le cadre d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité alors que ni le TUE ni le TFUE ne prévoient explicitement cette compétence. La Cour avait déjà pris cette position dans un arrêt *Foto Frost* plus ancien (749).

1628 Le juge interprète les accords internationaux en fonction des termes dans lesquels il est rédigé ainsi qu'à la lumière de ses objectifs. La Cour rappelle la règle exprimée par **les articles 31** de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités et de la Convention de Vienne du 21 mars 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, selon lesquels : « Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ».

Le juge doit également interpréter de manière conforme à un accord international une règle européenne qui est comprise dans un domaine concerné par celui-ci (750).

(744) Trib. UE, 20 juill. 2016, aff. T-483/13, *Oikonomopoulos* c/ *Commission*, pts 140-142. – Trib. UE, 16 mai 2017, aff. T-122/15, *Landeskreditbank Baden-Württemberg* c/ *BCE*, pts 40 et 41.
(745) CJCE, 5 févr. 1963, aff. 26/62, *Van Gend en Loos*.
(746) CJCE, 15 juill. 1964, aff. 6/64, *Costa*.
(747) CJCE, 31 mars 1971, aff. 22/70, *Commission* c/ *Conseil*.
(748) CJUE, 28 mars 2017, aff. C-72/15, *Rosneft*.
(749) CJCE, 22 oct. 1987, aff. C-314/85, *Foto Frost*.
(750) Trib. UE, 5 févr. 2018, aff. T-729/15, *MSD Animal Health Innovation et Intervet international* c/ *EMA*, pt 48.

Sous-section II Le recours aux principes généraux du droit

1629 Le juge de l'Union doit appliquer le droit de l'Union européenne. Il recherche à ce titre les principes généraux qui colorent le droit de l'Union et en constituent ses règles tellement essentielles qu'elles s'appliqueraient même en l'absence d'écrit. Ces principes sont au sommet de la hiérarchie au même titre que les traités, et tout manquement à ces principes par des actes des institutions devient illégal. Ces principes peuvent, dès lors qu'ils sont précis et inconditionnels, être invoqués pour écarter une disposition nationale contraire devant le juge national et le juge de l'Union et pour des litiges entre particuliers. Ces principes généraux, dont les sources sont variées **(§ I)**, ont servi à protéger les droits fondamentaux des personnes dans le droit de l'Union **(§ II)**.

§ I Les sources des principes généraux du droit

1630 Le juge envisage trois sources aux principes généraux : les traités **(A)**, l'ordre juridique international **(B)** et les droits des États membres **(C)**.

A/ Les traités, source des principes généraux du droit

1631 Les traités fondateurs ne précisaient pas les droits applicables à l'Union. Seul l'article 215, alinéa 2 TCE liait le régime de la responsabilité non contractuelle applicable à la Communauté aux « principes généraux communs aux droits des États membres ». L'article 6, § 3 TFUE consacre désormais les principes généraux du droit communautaire.

Mais les traités fondateurs ne comprennent pas de dispositions entérinant les droits fondamentaux de la personne que protègent les principes généraux du droit. De leur côté, les traités entérinant ces droits fondamentaux leur reconnaissent une portée très large de sorte que cela rend inutile le recours aux principes généraux. Ainsi le juge peut se référer, dans tout le domaine d'application du TFUE, à l'article 12, alinéa 1er pour condamner toute discrimination fondée sur la nationalité (751). Les libertés de circulation et d'établissement, de protection des services constituent aujourd'hui des principes fondamentaux du droit de l'Union au même titre que les principes généraux du droit, et pourront être invoquées en tant que principes généraux (752). Le nombre des principes généraux du droit communautaire s'est accru. En atteste le principe de l'équilibre institutionnel, de coopération loyale, de primauté, d'effet direct...

B/ L'ordre juridique international, source des principes généraux du droit

1632 Le droit de l'Union étant fondé sur les traités, il est également attaché au droit international. La Cour fait donc appel aux principes généraux du droit international lorsque l'affaire concerne les relations internationales de l'Union et des États membres. Ainsi, dans un arrêt *Racke* en date du 16 juin 1998 (753), le juge rappelle que les parties doivent respecter le principe *Pacta sunt serva*, principe qui oblige les parties à un traité à l'exécuter de bonne foi.

Lorsque l'affaire concerne des relations entre l'Union et les États membres ou le juge et les États membres, la Cour opère une distinction en acceptant les principes généraux du droit international qui favorisent l'intégration ou qui sécurisent la protection des droits fonda-

(751) CJCE, 3 oct. 2000, aff. C-411/98, *Ferlini : Rec. CJCE* 2000, I, p. 8081, pt 62.
(752) CJCE, 27 oct. 2009, aff. C-115/08, *Cez*.
(753) CJCE, 16 juin 1998, aff. C-162/96, *Racke : Rec. CJCE* 1998, I, 3688.

mentaux et rejette ceux qui affaiblissent l'unité au sein de l'Union. À titre d'exemple, le juge a accepté le principe du droit international selon lequel « la caducité des traités ne se présume pas » comme principe général du droit communautaire (754) et a rejeté à de maintes reprises l'exception d'inexécution (755) en refusant d'intégrer en droit communautaire le principe de droit international de recours possible à des contre-mesures par un État en cas inexécution d'une obligation par l'autre partie. La Cour a refusé également de reconnaître comme principe général du droit communautaire le principe de bien-être des animaux, dans une affaire à propos de la validité des actes adoptés par la Communauté pour lutter contre la fièvre aphteuse (756).

C/ Les droits des États membres, source des principes généraux du droit

1633 Dans sa mission d'éviter tout *non liquet*, le juge va chercher des principes généraux du droit dans les différents systèmes juridiques des États membres (757). Dans un arrêt *Algera* (758), la Cour de justice explique le raisonnement à adopter : « La Cour est donc obligée de le résoudre en s'inspirant des règles reconnues par les lois, la doctrine et la jurisprudence des États membres ». En l'espèce, il s'agissait du régime de retrait de décisions irrégulières. La Cour reconnaît par cette méthode l'importance des principes reconnus par les États membres dans le droit de l'Union, mais affirme son autonomie par rapport au droit interne.

Le juge doit rechercher des « principes communs » ou « traditions juridiques communes » entre les États pour dégager des principes généraux du droit de l'Union. Ces principes ne doivent pas nécessairement être communs à l'ensemble des États membres, dès lors que les autres États ne s'y opposent pas. Tel a été le cas du principe de proportionnalité et de confiance légitime transposé du droit allemand. Les principes communs une fois établis ont permis au juge de les élever et d'unifier la protection des droits fondamentaux à un niveau européen.

§ II Les droits fondamentaux de la personne

1634 Les traités fondateurs ne mentionnaient pas les « droits fondamentaux » ou « droits de l'homme ». Dans le cadre de la construction du marché commun, seuls les droits nécessaires à celui-ci sont protégés : la liberté de circulation (biens, capitaux, services, personnes) et l'interdiction de la discrimination fondée sur la nationalité et le sexe. Aussi la Cour, pour combler le silence des traités et protéger d'une manière plus large ces droits, s'est référée aux principes généraux du droit, système qui perdure **(A)**. Aujourd'hui tant les traités que la Charte des droits fondamentaux de l'Union qui les complète leur attribuent de nombreuses dispositions ; la Cour les élève au niveau des principes constitutionnels **(B)**.

A/ Les principes généraux du droit, source des droits fondamentaux

1635 En l'absence de dispositions dans les traités fondateurs, le juge a fait appel aux principes généraux du droit pour protéger les droits fondamentaux. La Cour s'est prononcée suite à

(754) CJCE, 14 déc. 1971, aff. 7/71, *Commission* c/ *France*.
(755) CJCE, 13 nov. 1964, *Commission* c/ *Belgique et Luxembourg : Rec. CJCE* 1964, I, p. 1217. – CJCE, 25 sept. 1979, aff. 232/78, *Commission* c/ *France : Rec. CJCE* 1979, I, p. 2729. – CJCE, 7 janv. 1973, aff. 39/72, *Commission* c/ *Italie : Rec. CJCE* 1973, I, p. 101.
(756) CJCE, 12 juill. 2001, aff. C-189/01, *Jippes : Rec. CJCE* 2001, I, p. 5689.
(757) G. Protière, *Les principes généraux dans la jurisprudence internationale : éléments d'une différenciation fonctionnelle : RDP* 2008, p. 259-292.
(758) CJCE, 12 juill. 1957, aff. C -7/56, *Algera : Rec. CJCE* 2001, I, p. 81.

des décisions rendues par les juridictions allemandes, et notamment l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle allemande le 18 octobre 1967 par lequel la Cour consacrait la possibilité de contrôler des actes communautaires qui risqueraient de porter atteinte aux droits fondamentaux reconnus par la Constitution allemande (759).

La Cour avait déjà à de maintes reprises affirmé la primauté du droit communautaire sur le droit des États membres. Dans un arrêt *Stauder* du 12 novembre 1969, la Cour affirme pour la première fois qu'elle assure le respect des droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire et, allant plus loin, dans l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* du 17 décembre 1970, elle déclare que le droit né des traités communautaires ne peut se voir opposer par les cours nationales des règles de droit interne, quelle que soit leur nature. Le droit communautaire prévaut par conséquent même sur les constitutions des États membres. La Cour décline le contrôle de la validité d'un acte communautaire par les juridictions nationales et se reconnaît compétente pour assurer le respect des droits fondamentaux. Elle précise que le respect de ces droits fait partie intégrante des principes généraux du droit dont elle assume le respect, et la sauvegarde de ces droits doit être inspirée par les traditions constitutionnelles communes aux États membres et assurée par la Communauté et eu égard aux objectifs de celle-ci.

1636 Dans l'arrêt *Nold* rendu le 14 mai 1974 (760), le juge complète les sources des principes généraux par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré, notamment la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950.

Les droits fondamentaux garantis par la Convention sont protégés par les principes généraux du droit de l'Union (761). Ce principe avait été posé par le traité de Maastricht (art. F, § 2) qui stipule que l'Union européenne « respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ».

B/ Les droits fondamentaux consacrés principes généraux du droit par le traité de Lisbonne

1637 Le Parlement européen, le Conseil et la Commission ont proclamé, en décembre 2000 à Nice, la Charte des droits fondamentaux qui a vocation à regrouper et consacrer tous les droits fondamentaux.

Le traité de Lisbonne reconnaît à la Charte des droits fondamentaux une valeur de droit primaire par les dispositions prévues à l'article 6, § 1 : « L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités ». La Charte énonce, d'une part, des droits et libertés et, d'autre part, des principes qui doivent être mis en œuvre pour produire des effets devant une juridiction, conformément à l'article 52, § 5, de la Charte.

Par ailleurs, l'article 6, § 2 et § 3 du traité de Lisbonne précise que : « L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales... Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des

(759) *RTDE* 1968, p. 203.
(760) CJCE, 14 mai 1974, aff. C-4/73, *Nold : Rec. CJCE* 1974, I, p. 491.
(761) CJCE, 15 oct. 2002, aff. C-238/99, *LVM : Rec. CJCE* 2002, I, p. 8375.

traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ».

L'article 6 du Traité sur l'Union européenne ne précise pas quelle est la valeur des droits fondamentaux consacrés en tant que principes généraux.

Dans deux arrêts *Schmidberger* (762) et *Omega* (763), la Cour met en balance les libertés fondamentales de circulation reconnues par les traités constitutifs et les droits fondamentaux faisant partie intégrante des principes généraux du droit, les mettant ainsi au même niveau. Puis, dans l'arrêt *Kadi* (764), elle rattache explicitement les « principes généraux dont font partie les droits fondamentaux » au « droit primaire », leur consacrant *de facto* une valeur constitutionnelle.

Principes généraux et Charte ont la même valeur, aucune hiérarchie n'est prévue. Mais « il n'en demeure pas moins qu'une certaine prééminence fonctionnelle de la Charte apparaît progressivement. Se traduisant par une substitution progressive de la Charte aux principes généraux du droit et par une référence accrue au cadre d'interprétation fixé par les dispositions finales de la Charte, ce phénomène ne devrait toutefois pas empêcher les principes généraux du droit de continuer à jouer un rôle dans la jurisprudence de la Cour » (765).

Section II Les applications jurisprudentielles

1638 Le droit de l'Union est ainsi forgé par des principes, issus du droit primaire, du droit dérivé ou de la jurisprudence, qui n'ont pas tous la même valeur. Ces divers principes feront l'objet d'une présentation fonctionnelle (766) en distinguant les principes fondateurs qui sont les valeurs fondatrices de l'Union, les principes et droits protecteurs et les principes constitutionnels.

§ I Les valeurs fondatrices de l'Union

1639 L'article 2 du Traité sur l'Union européenne affirme que : « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ».

1640 **La dignité humaine** est la première valeur citée par le traité. Pour autant, la Convention européenne des droits de l'homme ne la mentionnait pas en tant que valeur fondamentale. Cette situation n'a pas empêché la Cour européenne des droits de l'homme de s'en prévaloir.

La Cour a confirmé à de multiples reprises que la dignité humaine était bien un droit fondamental lorsqu'elle rappelle qu'il lui incombe de veiller au droit fondamental de la

(762) CJCE, 12 juin 2003, aff. C-112/00, *Schmidberger : Rec. CJCE* 2003, I, p. 5659.
(763) CJCE, 14 oct. 2004, aff. C-36/02, *Omega : Rec. CJCE* 2004, I, p. 9609.
(764) CJCE, 3 sept. 2008, aff. C-402/05, *Kadi : Rec. CJCE* 2008, I, p. 6351.
(765) F. Picod, *Charte des droits fondamentaux et principes généraux du droit : RDLF* 2015, chron. 2.
(766) C. Flaesch-Mougin, *Typologie des principes de l'Union européenne, Liber Amicorum J. Raux*, éd. Apogée, 2006. – J. Rideau, *Ordre juridique de l'Union européenne - Sources non écrites : JCl. Droit international*, Fasc. 161-55, p. 44, pt 94.

dignité humaine dans l'affaire concernant la directive sur la brevetabilité du vivant « pour que le corps humain demeure indisponible et inaliénable et qu'ainsi la dignité humaine soit sauvegardée » (767), ou encore lorsqu'elle se positionne pour l'interdiction des jeux lasers qui impliquent la simulation d'actes de violence contre les personnes et en particulier lorsque les personnes « jouent à tuer », car cette interdiction protège la dignité humaine (768).

La liberté était inscrite dans les traités fondateurs pour permettre la circulation des marchandises, des capitaux, des services et des personnes. Ces libertés étaient fondamentales pour créer l'Espace économique européen, et étaient interprétées d'une manière extensive par la Cour. Celle-ci admet comme valeur fondamentale de l'Union la liberté de pensée et de religion, la liberté d'expression, la liberté d'association, la liberté syndicale, la protection de la vie privée, familiale, du domicile et du secret de la correspondance, la liberté d'exercer une activité économique et le droit de propriété. **1641**

La démocratie n'est pas une valeur nouvelle. Le Traité sur l'Union européenne reconnaissait déjà le droit de vote aux élections locales et l'éligibilité des citoyens européens résidant dans un autre État que le leur, manifestations du pouvoir du peuple dans l'élection du Parlement européen au suffrage universel direct. Le traité de Lisbonne introduit également un titre II au traité (art. 9 à 12) consacré aux principes démocratiques : égalité des citoyens, démocratie représentative, démocratie participative, rôle des parlements nationaux. Désormais un million de citoyens émanant de sept États membres peuvent inviter la Commission à présenter une proposition d'acte législatif qu'ils jugent nécessaire pour mettre en œuvre les traités de l'Union. **1642**

La Cour a, notamment dans le cadre d'une affaire relative au pouvoir d'auto-organisation du Parlement européen, fait référence au principe démocratique comme élément fondateur (769).

L'égalité et le principe de non-discrimination qui en découle et le complète sont des valeurs essentielles et très largement consacrées par les textes. **1643**

L'égalité, celle entre les hommes et les femmes, était l'une des missions assignées à la Communauté européenne (770). Dans toutes les actions qui lui sont confiées par ledit traité, la Communauté cherche à éliminer les inégalités et à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes (771). Les hommes et les femmes doivent avoir les mêmes chances sur le marché du travail, le même traitement dans le travail (772), le même salaire pour un même travail et de même valeur (773).

L'article 13 TCE permet au Conseil de prendre les mesures nécessaires en vue de combattre **toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle**.

Le traité de Lisbonne a élargi le champ de la non-discrimination en se référant à la Charte des droits fondamentaux, laquelle dans son article 21 ajoute comme critères de discrimination : l'origine sociale, les caractéristiques génétiques, la langue, les opinions politiques ou

(767) CJCE, 9 oct. 2001, aff. C-377/98, *Pays-Bas* c/ *Parlement européen et Conseil : Rec. CJCE* 2001, I, p. 7079.
(768) CJCE, 14 oct. 2004, aff. C-36/02, *Omega*.
(769) CJCE, 11 nov. 2003, aff. C-488/01, *Martinez* c/ *Parlement : Rec. CJCE* 2003, I, p. 13335.
(770) TCE, art. 2.
(771) TCE, art. 3, § 2.
(772) TCE, art. 137.
(773) TCE, art. 141.

toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune et la naissance, et interdit explicitement toute discrimination fondée sur la nationalité.

Afin de mettre en œuvre ce principe d'égalité et de non-discrimination, l'Union européenne s'est dotée de quatre directives :

- la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000, dite « directive anti-racisme », qui exige des États qu'ils luttent contre toute discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique dans les domaines de l'accès à l'emploi et au travail, de la formation, de la sécurité sociale et des soins de santé, ainsi que dans les domaines de l'accès aux biens et services et de la fourniture de biens et services, y compris en matière de logement ;
- la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000, directive-cadre en matière d'emploi qui exige des États qu'ils luttent contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle dans les domaines de l'emploi et du travail ;
- la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006, directive sur le genre qui interdit toute discrimination fondée sur le sexe dans les domaines de l'emploi et du travail ainsi que dans le domaine de la sécurité sociale ;
- la directive 2004/113/CE du 13 décembre 2004, directive sur « l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes en dehors du monde du travail », qui vise les discriminations fondées sur le sexe dans les domaines de l'accès aux biens et services et de la fourniture de biens et services.

La Cour a une jurisprudence abondante sur ces discriminations (774).

§ II Les principes et droits protecteurs

1644 La Cour a consacré en tant que principes généraux de nombreux droits et libertés :

- la protection de la vie privée et des données personnelles ;
- la liberté de pensée, de conscience et de religion ;
- la liberté d'expression ;
- la liberté d'association ;
- le libre exercice d'une activité professionnelle ;
- la liberté d'exercer une activité économique et commerciale ;
- le droit de propriété ;
- la liberté syndicale, le droit de grève ;
- la sécurité juridique ;
- le droit à une bonne administration ;
- le droit d'accès aux documents ;
- le droit de défense et des garanties procédurales ;
- le droit à un recours juridictionnel effectif ;
- le principe *ne bis in idem* ;

(774) CJUE, 17 déc. 2015, aff. C-407/14, *Camacho* (discrimination en raison du sexe). – CJUE, 27 nov. 2012, aff. C-566/10P, *Italie* c/ *Commission européenne* (discrimination en raison de la langue appliquée aux concours de la fonction publique de l'Union européenne). – CJUE, 14 nov. 2017, aff. C-165/16, *Lounes* (discrimination en raison de la non-citoyenneté par naissance). – CJUE, 18 janv. 2018, aff. C-270/16, *Conejero* (discrimination en raison du handicap).

– le principe de précaution ;
– le refus ou l'absence de reconnaissance de principes protecteurs.

§ III Les principes constitutionnels

1645 Certains principes ont une valeur constitutionnelle. Tel est le cas des principes de cohérence, d'équilibre institutionnel, de coopération interinstitutionnelle, de continuité du service public européen, de respect de l'acquis de l'Union européenne, de proportionnalité, de coopération loyale, de subsidiarité, d'autonomie institutionnelle, de respect de l'identité nationale des États membres, de primauté, d'effet direct, de responsabilité des États membres pour violation du droit de l'Union européenne.

TROISIÈME PARTIE

L'action internationale du notariat français

1646 L'origine de l'action internationale du Conseil supérieur du notariat date de 1948, année de création à Buenos Aires de l'Union internationale du notariat latin dont le notariat français a été l'un des dix-neuf membres fondateurs. Dès cette époque, l'influence de la France a été importante au sein de cette organisation internationale, à tel point que d'éminents confrères ont occupé des postes dans les instances dirigeantes. Les plus marquants d'entre eux furent les présidences de l'Union confiées au président Louis Chaine de 1981 à 1983 et celle du président Jean-Paul Decorps de 2010 à 2012.

L'action internationale du notariat français a connu une deuxième étape dans son développement dans les années 1990. Après la chute du mur de Berlin et la démocratisation des pays d'Europe centrale et de l'Est, s'est posée très rapidement la question du réaménagement politique et économique. Ces nouvelles démocraties ont cherché un nouveau modèle. Le Code civil français ayant eu une certaine influence à travers l'Europe, la loi du 25 ventôse an XI (16 mars 1803) a entraîné dans son sillage d'autres notariats. Elle fut, tout au long du XIXe siècle et pendant la première partie du XXe siècle, la référence et la source rédactionnelle de la plus grande partie des lois notariales promulguées dans de nombreux pays, tant en Europe qu'en Afrique, en Amérique et en Asie.

Le garde des Sceaux lui-même, dans son discours lors du bicentenaire de la loi Ventôse (775), déclara que : « La France a développé de fortes coopérations avec les pays candidats ; et votre profession y a beaucoup contribué. Alors que ces pays quittaient un système de droit soviétique, il était nécessaire de leur permettre de choisir des institutions juridiques qui garantissent une nouvelle conception de la justice et du rôle des professions qui travaillent au cœur de la justice ».

Lorsque les nouvelles équipes dirigeantes de ces pays se posèrent la question de la propriété privée, de la mutation, de l'héritage, et de manière générale de l'évolution d'une bonne partie du droit privé, les notaires français furent consultés par les autorités politiques et universitaires. Ce fut le cas dans un premier temps par la Hongrie, la Tchécoslovaquie, la Pologne ainsi que par les députés du peuple de Saint-Pétersbourg. Puis d'autres contacts furent noués avec ces nouvelles démocraties.

Le ministre de la Justice, dans de son discours, déclara également que « les principes d'organisation du notariat ou la mission d'authentification des actes constituent des valeurs exportables. Leur utilité peut être démontrée. Les grandes caractéristiques du droit continental contribuent fortement à la sécurité juridique des relations entre les individus ou les entreprises et avec la puissance publique. La profession de notaire trouve toute sa place dans cette construction en renforçant la confiance entre les opérateurs, en assurant la fiabilité des actes juridiques et en conférant un caractère certain à leur contenu. Cette démarche concourt au développement économique de tout pays ».

C'est notamment au président Alain Lambert que l'on doit la troisième étape du développement de l'action internationale du notariat français par la mise en place d'une véritable politique internationale de la profession, dans le cadre d'une stratégie d'intelligence économique. Cette politique a favorisé la promotion du notariat au moyen de celle plus large du droit continental.

Le notariat français s'est alors inscrit dans une politique générale afin de contribuer à sécuriser les relations juridiques, vecteur du développement économique, et à affirmer le rôle social du notaire. Cette politique passe par l'implication du notariat français dans les organisations internationales **(Titre I)**, notariales **(Sous-titre I)** ou encore avec des agences de coopération internationale **(Sous-titre II)**.

(775) Bicentenaire de la loi Ventôse, Discours du garde des Sceaux (www.presse.justice.gouv.).

Les principales actions du notariat français sont ainsi présentées **(Titre II)**. Elles contribuent à sécuriser les relations juridiques **(Sous-titre I)** ou à accompagner les Français de l'étranger **(Sous-titre II)**.

Le notariat français mène également des actions qui contribuent aux rapprochements avec les autres notariats **(Titre III)** par la conclusion d'accords bilatéraux **(Sous-titre I)** ou la mise en place d'opérations relationnelles **(Sous-titre II)**. Enfin, les principales actions destinées à soutenir l'action internationale du notaire français sont présentées **(Titre IV)**. Elles sont européennes **(Sous-titre I)**, internationales **(Sous-titre II)** ou nationales **(Sous-titre III)**.

TITRE I

L'implication du notariat français dans les organisations internationales

Dans une perspective d'intelligence économique, les notaires de France s'engagent pour l'exportation du droit français, notamment dans leurs domaines de compétence. Ils œuvrent aussi à l'implantation et à la reconnaissance de l'acte notarié, afin de recréer un environnement familier offrant toute sécurité juridique favorisant l'État de droit et une bonne gouvernance. Pour ce faire, ils collaborent avec des organisations internationales et des agences de coopération internationale afin de rendre leur action plus efficiente. **1647**

SOUS-TITRE I

Les organisations notariales professionnelles

CHAPITRE I L'Union internationale du notariat (UINL)

L'Union internationale du notariat est une organisation non gouvernementale fondée à Buenos Aires le 2 octobre 1948 par dix-neuf pays (en Amérique : Argentine, Bolivie, Brésil, Canada, Colombie, Costa Rica, Cuba, Chili, Équateur, Mexique, Paraguay, Pérou, Porto Rico, Uruguay ; en Europe : Belgique, Espagne, France, Italie, Suisse) (776). **1648**

Aujourd'hui, l'UINL compte quatre-vingt-huit pays dont vingt-deux des vingt-huit pays de l'Union européenne, et quinze des dix-neuf du G20, représentant deux tiers de la population mondiale et plus de 60 % du produit intérieur brut mondial.

L'UINL est présente dans de nombreuses institutions internationales. Elle collabore avec l'Organisation mondiale du commerce (OMC), avec l'ONU et plus particulièrement avec certaines agences des Nations unies telles que l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) ou encore l'ONU-Habitat, programme des Nations unies œuvrant à un meilleur avenir urbain. L'UINL collabore également avec l'Unesco, la Conférence de La Haye de droit international privé, la Commission européenne, le Parlement européen, le Conseil de l'Europe, la Cour de justice de l'Union européenne ou encore Unidroit.

Son objectif est la promotion du droit continental et à travers lui la coordination et le développement de l'activité notariale dans le domaine international. Son but est de réaliser

(776) www.uinl.org

une étroite collaboration entre les notariats des différents pays membres, en comparant les pratiques pour s'enrichir des expériences respectives des uns et des autres. Son ambition est d'être au service d'une « société plus juste, plus humaine et plus harmonieuse » en démontrant que le droit continental comme le notariat latin sont au service de la sécurité juridique, condition indispensable du développement économique dans le monde.

À travers son action à l'UINL, le notariat français est aussi actif au sein du *Global Forum on Law Justice and Development* (le Forum annuel pour la justice et le développement organisé par la Banque mondiale) et participe tous les ans à la *Law, Justice and Development Week*.

Son intervention après la publication des premiers rapports *Doing Business* a rendu possible en 2016, dans la treizième édition de ce rapport, le fait que la Banque mondiale introduise un sous-indicateur sur la sécurité juridique. La promotion d'une nouvelle façon d'aborder les liens entre le droit et les affaires apportée par les pays de droit continental a permis à la France de gagner quarante et une places au classement.

Les notaires sont aujourd'hui reconnus comme experts en droit foncier et en matière de lutte contre le blanchissement. Ils font partie des groupes de travail auprès de la Banque mondiale.

CHAPITRE II Le Conseil des notariats de l'Union européenne (CNUE)

1649 Le CNUE, association sans but lucratif de droit belge, est l'organisme officiel et représentatif de la profession notariale auprès des institutions européennes. Structuré en 1993, au moment de l'achèvement du marché unique, il dispose d'un bureau permanent situé à Bruxelles (777). La présidence du CNUE, déjà exercée par les anciens présidents du Conseil supérieur du notariat français Armand Roth, Bernard Reynis et Jean Tarrade, est actuellement assurée par Me Pierre-Luc Vogel, lui aussi ancien président du CSN.

Le CNUE est le porte-parole de la profession, il dispose du pouvoir de négociation et de décision pour l'ensemble des notariats de l'Union européenne. Il contribue notamment au processus décisionnel des institutions européennes qui touche les domaines intéressant la vie juridique du citoyen et des entreprises, l'accès à la justice.

Le CNUE représente les notariats de tous les États membres connaissant cette institution : Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Croatie, Espagne, Estonie, France, Grèce, Hongrie, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Slovaquie et Slovénie. Les notariats de la République de Macédoine du Nord, du Monténégro, de Serbie et de Turquie bénéficient du statut d'observateurs.

Le notariat français participe à plus de la moitié des groupes de travail (droit des successions, acte authentique, affaires immobilières, communication). Il participe aux projets de formation du CNUE. Par sa participation à cette institution, le notariat français est résolument engagé dans la construction de l'Europe du droit.

(777) www.cnue.eu

Le CNUE informe en permanence ses membres de l'évolution de la législation européenne et de toutes les initiatives prises par les différentes institutions de l'Union. Il est aussi une force de proposition. Il met en place des projets à dimension européenne dans le but de construire un espace de justice, de sécurité et de liberté.

CHAPITRE III L'Association du notariat francophone (ANF)

1650 L'association a été créée le 17 mars 1992 sur l'initiative du notariat français avec le soutien du ministère français de la Francophonie. C'est une organisation non gouvernementale indépendante au statut consultatif (778).

Elle comprend actuellement vingt-sept chambres notariales, membres institutionnels, ainsi que des notaires qui adhèrent à titre individuel. Elle organise ou soutient dans les pays francophones de nombreuses initiatives dans les domaines de la formation, du droit des affaires, de la sécurisation foncière ou de l'appui à la délivrance de l'état civil aux enfants.

L'association est un partenaire privilégié de l'Organisation internationale de la francophonie (OIF). À ce titre, elle participe aux réflexions sur les programmations d'action. La francophonie partage une langue commune, le français. Le dernier rapport estime le nombre de locuteurs à 274 millions, répartis sur les cinq continents.

L'association agit en transversalité pour renforcer son efficacité et a mis en place des synergies avec les organisations internationales, notamment l'Unicef et le Comité chargé des organisations non gouvernementales accréditées auprès de l'ONU.

L'assemblée régionale Afrique de l'Assemblée parlementaire francophone a décidé d'engager une réflexion sur la sécurisation des titres fonciers en Afrique. Une recommandation a été votée lors du Sommet de la Francophonie à Kinshasa le 14 octobre 2012, encourageant la création d'un titre sécurisé et simplifié. Sur ce thème, l'expertise des membres de l'ANF est particulièrement précieuse.

Par ailleurs, l'ANF est également représentée auprès de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA). L'OHADA est une organisation internationale de plein exercice, dotée d'une personnalité juridique internationale, qui poursuit une œuvre d'intégration juridique entre les dix-sept pays qui en sont aujourd'hui membres. Son objectif est la facilitation des échanges et des investissements, la garantie de la sécurité juridique et judiciaire des activités des entreprises. Le droit de l'OHADA est utilisé pour créer un vaste marché intégré afin de faire de l'Afrique un pôle de développement. Un code a été mis en place, qui reprend la réglementation. Une juridiction appelée « Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA » (CCJA) a été créée en 1998. Là encore, la participation des membres de l'ANF à ces réflexions est essentielle.

L'ANF participe aux séminaires et groupes de travail du droit OHADA, initiés par les bailleurs de fonds internationaux comme la Banque mondiale, ou par les organisations régionales africaines. Elle a contribué à la mise en place d'un diplôme universitaire avec les universités de Paris II et Paris XIII.

(778) www.notariat-francophone.org

CHAPITRE IV Le Conseil supérieur du notariat, la Mission de l'international, la Direction Europe et International

1651 Le président Alain Lambert, président du Conseil supérieur du notariat de 1996 à 1998, a mis en place une équipe de notaires pour prendre en charge les actions de coopération. En 1998, ceux-ci ont été réunis dans une Commission des affaires européennes et internationales puis, en 2004, à l'initiative du président Armand Roth, au sein de la Mission de l'international.

Une équipe de permanents a également été recrutée, basée pour l'essentiel dans les bureaux du Conseil supérieur du notariat et regroupée au sein de la Direction Europe et International. Quelques membres travaillent à Bruxelles. Aujourd'hui, la direction coordonne les différentes actions, organise les déplacements, centralise les retours des différentes missions, met en place la politique définie par le bureau.

La Commission des affaires européennes et du développement international du CSN regroupe aujourd'hui des délégués de Cour qui réfléchissent sur les orientations à prendre. Des rapports sont régulièrement rendus aux membres du bureau du CSN et sont une aide à la construction de la politique internationale.

Au sein du Conseil supérieur du notariat, des instituts de développement ont été mis en place, qui sont des véritables laboratoires de recherche et de développement dans divers domaines. L'un d'entre eux est l'Institut notarial de droit européen et international (INEI) qui a été créé en avril 2013. Il met en place des actions de formation et d'information et produit des outils spécifiques à son domaine de compétence.

Le Conseil supérieur du notariat est également membre de l'Institut de recherche et d'études notariales européen (IRENE) et a nommé un représentant, membre du conseil d'administration. Cette fondation de droit luxembourgeois a été créée le 24 avril 1990. Elle a objet de favoriser la recherche en toutes matières juridiques et notamment en droit comparé, en droit international privé et en droit de l'Union, dans l'intérêt de la profession et des activités notariales.

CHAPITRE V L'Institut international d'histoire du notariat (IIHN)

1652 L'Institut international d'histoire du notariat (IIHN) a été créé en 1974 et regroupe les notariats de quarante-six pays. L'adhésion à titre individuel est également possible.

Il a pour but de mettre en valeur et de mieux faire connaître l'histoire du notariat et plus généralement la culture notariale dans le monde. L'institut publie une revue, dénommée *Le Gnomon*, qui reprend l'histoire notariale, française ou internationale. Il correspond avec les principaux instituts spécialistes de l'histoire du notariat dans le monde. Il organise des expositions et des conférences pour contribuer à une meilleure connaissance de l'histoire et de la culture notariales dans le monde.

À l'initiative de l'IIHN, un musée du notariat a été créé au Conseil supérieur du notariat français. Il rassemble divers objets : des ouvrages anciens, des gravures, des sceaux...

L'institut est membre du Conseil international des archives et y siège à titre d'expert, et est un organisme associé à l'UINL.

SOUS-TITRE II

Les agences de coopération internationale

La coopération avec d'autres organisations internationales renforce l'action du notariat français et la rend plus efficiente. **1653**

CHAPITRE I La Fondation pour le droit continental

La Fondation pour le droit continental est un organisme privé reconnu d'intérêt général, créé en 2007 par un partenariat entre les pouvoirs publics, les professions juridiques et de grandes entreprises internationales (779). Les membres fondateurs sont la Caisse des dépôts, le Conseil supérieur du notariat et le Conseil national des barreaux. Elle dispose d'un bureau permanent à Bruxelles. **1654**

Elle a été créée pour soutenir le rayonnement du droit continental et contribuer à l'équilibre juridique mondial en faisant valoir au plan international les qualités des droits écrits. Elle cherche à établir une solidarité entre les juristes de droit continental pour mener des actions communes et à valoriser, au plan international, l'expertise des professions du droit.

Ses actions ont plusieurs axes. Il s'agit de développer les partenariats universitaires issus des pays de même tradition juridique continentale. La Fondation organise depuis 2009 l'Université d'été du droit continental, qui permet à des étudiants et professionnels de plus de trente nationalités de se former. Elle cherche également à développer la recherche appliquée en droit de l'économie afin de démontrer les atouts compétitifs du droit continental au service de l'économie. Pour ce faire, la Fondation associe dans ses actions des partenaires comme la Banque mondiale ou les universités de nombreux pays. Elle a également contribué à la prise en compte de l'index sécurité dans le rapport *Doing Business* afin de faire remonter le classement de la France.

Par sa synergie et sa réelle implication dans cette institution et en rapport avec d'autres organisations internationales, le notariat français contribue à la promotion d'une société plus ouverte et affirme l'efficacité du rôle du notariat. L'expertise du notariat s'inscrit dans le renforcement de la sécurité juridique, pierre angulaire de l'État de droit, vecteur du développement économique et dans l'affirmation du rôle social du notaire.

CHAPITRE II L'Agence française pour le développement (AFD)

L'AFD est un acteur central de la politique de développement de la France (780). Son intervention a pour but d'améliorer le quotidien des populations dans les secteurs de l'énergie, de la santé, de la biodiversité, de l'eau ou de la formation. Elle finance le développement pour prévenir les crises et construire une prospérité partagée, à travers des projets portés par les gouvernements, mais aussi par le secteur privé ou la société civile, en **1655**

(779) www.fondation-droitcontinental.org
(780) www.afd.fr

prenant en compte systématiquement le développement durable. Elle a mis en place plus de 3 600 projets de développement pour un investissement en 2016 de plus de 9 milliards d'euros. La moitié des sommes engagées à l'étranger le sont en Afrique et les projets sont menés en cofinancement avec d'autres bailleurs sociaux, ce qui permet de les rendre plus ambitieux. Par l'intermédiaire de l'Association du notariat francophone, qui collabore plus particulièrement avec l'Agence française pour le développement, le notariat français contribue à construire un « monde en commun », devise de l'AFP, tout en respectant la particularité de chaque pays.

CHAPITRE III Justice Coopération Internationale (JCI)

1656 JCI est un opérateur du ministère de la Justice, financé par des bailleurs de fonds que sont notamment l'Union européenne, l'Agence française de développement, la Banque mondiale ou l'Unicef, qui a pour objectif de contribuer au développement de l'État de droit et de la gouvernance démocratique par la mise en place de coopérations juridiques et judiciaires. Il a été constitué sous forme de groupement d'intérêt public en 2012 pour une durée initiale de cinq ans, reconductible.

JCI compte six membres fondateurs qui sont le ministère de la Justice, les écoles autonomes – École nationale de la magistrature (ENM), École nationale de l'administration pénitentiaire (ENAP) – et les professions du droit, incarnées par leurs organisations professionnelles, à savoir le Conseil supérieur du notariat (CSN), le Conseil national des barreaux (CNB), et la Chambre nationale des huissiers de justice (CNHJ).

JCI mobilise l'expertise du monde judiciaire et juridique français, professionnels de haut niveau et plus particulièrement ses membres fondateurs.

C'est ainsi qu'il a été fait appel au notariat français à de multiples reprises, dans le cadre de projets européens au Liban, en Tunisie, en Côte d'Ivoire ou encore au Cameroun. Ce fut le cas également en Albanie pour une mission portant plus particulièrement sur l'amélioration des décisions de justice civile. D'une durée de dix-huit mois, ce jumelage avait pour objectif d'améliorer les procédures d'exécution en Albanie et, dès lors, d'identifier le patrimoine du débiteur. L'opérateur a demandé l'intervention du notariat français afin qu'il puisse apporter son expertise sur l'identification du patrimoine immobilier.

L'intervention du notariat français s'effectue ici en complémentarité avec les autres professions du droit et participe au renforcement des capacités des institutions juridiques et judiciaires de par le monde.

TITRE II

Les principales actions menées par le notariat français

SOUS-TITRE I

Sécuriser les relations juridiques dans le monde

La question de la sécurité juridique reste essentielle dans le monde afin d'assurer un développement économique durable et équilibré, gage de bonne gouvernance et favorisant l'État de droit. Sur ce sujet, le notariat français a porté des actions d'envergure par la mise en place d'un nouveau notariat d'importance **(Chapitre I)**, par la mise en place de solutions afin d'assurer une sécurité foncière efficiente **(Chapitre II)** et par des actions destinées à favoriser la délivrance d'un état civil à tous **(Chapitre III)**. **1657**

CHAPITRE I Le soutien à la création de nouveaux notariats

Parmi les nombreuses actions entreprises, celle que le président Lambert a initiée en 1998 par la création en Chine d'un notariat de type latin a été décisive. Menée à partir de la signature d'une convention de coopération avec le Bureau de la Justice de Shanghai, elle débouchera sur la création, en 2001, d'un centre d'échanges notariaux et juridiques dans cette même ville, première réalisation concrète née d'un partenariat signé entre le Bureau de Justice de Shanghai, la Caisse des dépôts, l'Université Paris-II Panthéon-Assas, la Cour de cassation et le Conseil supérieur du notariat. **1658**

Ce fut ensuite la promulgation en 2002, à titre expérimental, d'une loi notariale directement inspirée de la loi française, puis celle en 2005 de la loi notariale, définitivement entrée en vigueur le 1er janvier 2006.

Le combat pour créer en Chine un notariat de type latin fut rude. Les juristes américains étaient très présents en Chine et souhaitaient imposer leur système juridique de *common law*. Deux éléments ont joué en faveur du modèle continental. D'une part, la volonté des pouvoirs publics chinois de créer un système de droit assurant la sécurité juridique pour attirer les investisseurs. D'autre part, le poids de la culture juridique chinoise, fondée sur la tradition confucéenne de rechercher à tout prix un accord pour éviter le procès, considéré comme un échec. Dans cette tradition, il est primordial d'être capable de s'entendre avec son prochain. Or le système juridique américain trouve précisément sa source dans la jurisprudence, c'est-à-dire à partir du procès. Ainsi a été créé le notaire, nommé par le ministre de la Justice, chargé d'authentifier les actes devant ou pouvant revêtir la forme notariée, tenu d'obéir à une déontologie spécifique et d'appliquer un tarif fixé par les pouvoirs publics.

La création d'un notariat de type latin en Chine a eu des conséquences profondes sur l'échiquier mondial des systèmes juridiques, dans le cadre de la lutte d'influence que se livrent Droit continental et *common law*, en faisant pencher la balance en faveur du premier. Ne dit-on pas d'ailleurs que ce choix de la Chine fut l'un des éléments déclencheurs des rapports *Doing Business* souvent suspectés d'avoir été conçus pour dénigrer l'efficacité économique des pays de droit continental ? Car installer un notariat de type latin en Chine, c'était ancrer ce pays qui représente le quart de l'humanité dans le camp du droit continental. Ce fut aussi un signal fort pour bien des pays de la zone asiatique pour comprendre la sécurité juridique qu'offre le droit continental (le notaire qui a pour fonction de l'appliquer). Il permet d'attirer les investisseurs et de favoriser le développement économique, à l'exemple de celui, prodigieux, qu'a connu la Chine dans les années 2005-2015.

Ainsi, à la suite de la Chine, le Vietnam, la Corée et la Mongolie notamment ont à leur tour créé ou recréé un notariat de type latin. Ce fut enfin l'occasion, dans le cadre de cette coopération notariale franco-chinoise, de participer à l'élaboration de la loi de 2011 sur les droits réels, loi créant les notions de servitude, de concession ou de copropriété, inconnues jusqu'alors en Chine, et même d'être auditionné par le Conseil des affaires d'État (l'équivalent du Secrétariat général du Gouvernement en France) sur le projet d'introduire dans la Constitution chinoise la notion de droit de propriété, projet désormais concrétisé dans son article 14, alinéa 2, qui dispose que « le droit de propriété doit être protégé s'il est conforme à la loi ».

1659 Outre la Chine, un autre pays important a souhaité mettre en place un notariat de type latin : la République démocratique du Congo. Il est le plus grand pays francophone du monde et l'adoption de la loi notariale contribue à l'ancrer dans le système juridique de droit continental. Les experts membres de l'Association du notariat francophone ont travaillé avec les parlementaires congolais sur le projet de loi, fondamentale pour la prévention des conflits et notamment pour la sécurisation foncière, source importante de litiges dans ce pays. Ils sont intervenus devant les commissions Relations extérieures du Sénat et de l'Assemblée nationale. La nouvelle organisation notariale a finalement été mise en place par la promulgation de la loi n° 16/012 du 15 juillet 2016 portant création, organisation et fonctionnement de la profession de notaire. L'adoption par ce grand pays du système de droit continental est essentielle quand on connaît les perspectives de développement du continent africain.

CHAPITRE II Le titrement

1660 La question de l'organisation du foncier est essentielle dans tout pays qui souhaite assurer son essor économique et sa paix sociale. La délivrance de titres sécurisés représente le cœur de métier du notaire. C'est pourquoi le notariat a décidé d'agir et de s'impliquer fortement dans des actions d'appui aux réformes foncières. Cette action s'inscrit par ailleurs dans la politique générale menée par le notariat français de contribuer, en complémentarité avec les autres acteurs du foncier et dans le respect des diversités culturelles, à l'établissement d'un État de droit.

Depuis juin 2007, la Commission Titrement du Conseil supérieur du notariat fédère les initiatives et coordonne les plans d'action conjoints.

À ce jour, plusieurs actions ont été menées avec nos partenaires, centrées principalement sur la légistique, des audits du foncier et la formation de formateurs :

- en Haïti, avec la participation au Comité interministériel d'aménagement du territoire (CIAT), par la rédaction de divers textes législatifs et réglementaires ;

- en Colombie, avec la signature d'un accord de coopération et l'organisation de missions d'audit dont le rapport a été remis aux autorités politiques du pays ;
- au Burkina Faso, avec une mission d'expertise avec l'Institut euro-africain de droit économique (INEADEC), partenaire de l'OCDE ;
- à Madagascar, avec la collaboration au Programme national foncier du ministre de l'Aménagement du territoire, et des missions d'audit et d'évaluation, en particulier pour la Banque mondiale ;
- au Mali, avec notamment une mission confiée par le ministre du Foncier ;
- en Tunisie avec un audit du foncier en zone urbaine ;
- au Vietnam avec une mission d'expertise en partenariat avec IGN International, la société Bull et l'Assistance au développement des échanges en technologies économiques et financières (ADETEF), opérateur de la coopération internationale ;
- au Monténégro avec une mission d'audit pour le Programme des Nations unies pour le développement (PNUD) ;
- au Togo, avec un rapport d'audit remis au ministre de la Justice et au Premier Ministre.

Le notariat français a travaillé avec ONU-Habitat et la Banque mondiale sur le sujet. Il a également effectué plusieurs missions de formation avec l'École nationale de la magistrature et l'IGN-FI au Cameroun, et travaillé à l'encadrement juridique des « Villes Nouvelles » à l'île Maurice pour le Bureau mauricien de l'investissement.

En matière d'urbanisme et de ville durable, les notaires de France, conjointement avec les géomètres-experts, l'université et la FNAIM, ont promu la copropriété comme une solution de gestion durable de l'habitat, par la mise en place de kits sur la copropriété, sur l'association foncière, sur la division en volumes.

En 2009 s'est tenu au Conseil supérieur du notariat un colloque sous le haut patronage du ministre des Affaires étrangères, rassemblant l'ensemble des acteurs dans ce domaine autour du thème « Sécurité foncière et essor économique : le titrement de la propriété immobilière dans les pays en développement ».

Le notariat français est reconnu comme expert par la Banque mondiale dans le domaine foncier. Il intervient tous les ans à la conférence « Land and Poverty » organisée par la Banque mondiale sur des aspects particuliers de la gestion foncière.

Le Conseil supérieur du notariat a participé activement à l'élaboration des Principes directeurs volontaires en matière de sécurisation foncière, lancée par les Nations unies (PNUD et FAO : l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture – *Food and Agriculture Organisation*) et la Banque mondiale. Après approbation en Assemblée générale des Nations unies, le notariat français participe aujourd'hui à sa mise en œuvre, en collaboration avec la FAO.

CHAPITRE III L'action pour la délivrance d'un état civil à tous

Cette action, aussi appelée « Lutte contre les enfants fantômes », s'est développée à travers **1661**
l'Association du notariat francophone (ANF). Aujourd'hui, 230 millions d'enfants de moins de cinq ans dans le monde ne sont pas enregistrés par les autorités de leur pays. Il en résulte pour ces enfants de graves difficultés d'accès à l'éducation, à la santé et au droit. Ils sont la proie de tous les trafics. Les notaires sont particulièrement sensibilisés à cette réalité, car ils sont tenus dans le cadre de leur mission de vérifier l'état civil des parties.

Le 6 mai 2014 paraissait l'ouvrage sur « les enfants fantômes » (781), corédigé par M. Abdoulaye Harissou, secrétaire général de l'Association du notariat francophone et Me Laurent Dejoie, président de l'Association du notariat francophone et président honoraire du Conseil supérieur du notariat. L'ouvrage est préfacé par M. Robert Badinter. Il vise à alerter sur cette réalité ; il montre également l'appui que peut apporter le notariat dans la délivrance d'un état civil fiable.

Le notariat agit sur plusieurs axes pour améliorer la situation sur le terrain, et ceci a permis de collaborer avec plusieurs institutions :

- avec Unicef France et Unicef Côte d'Ivoire pour la « Promotion de l'enregistrement des enfants à l'état civil dans le contexte de consolidation de la paix en Côte d'Ivoire » ;
- avec l'Organisation internationale de la francophonie, l'Union africaine (UA) et l'Institut international pour la démocratie et l'assistance électorale (IDEA) pour la mise en place des registres d'état civil et le recensement ;
- avec l'Assemblée nationale, le Sénat, l'Organisation internationale de la francophonie, l'Assemblée parlementaire de la francophonie, l'Association du notariat francophone et l'Association francophone des autorités de protection des données personnelles pour un travail sur « Les enfants fantômes, un enjeu civique, politique et économique » ;
- avec la Banque mondiale, l'Association du notariat francophone (ANF), le ministère français des Affaires étrangères pour un travail sur les aspects philosophiques, économiques, politiques, technologiques, sociologiques et juridiques de l'identification.

Un documentaire de cinquante-deux minutes a été tourné sur la question de l'identification des personnes avec l'appui du notariat et diffusé sur LCP, Canal Plus Afrique, ainsi qu'au Parlement européen.

L'apport du notariat pour sécuriser les rapports juridiques à travers ces deux exemples est aujourd'hui pleinement reconnu par les diverses organisations internationales. Il démontre l'importance du rôle du notaire et son implication dans des questions sociétaires.

SOUS-TITRE II

Accompagner les Français à l'étranger

1662 L'accompagnement des Français à l'étranger est déterminant pour une bonne intégration dans le pays choisi. L'information sur leur situation juridique et l'application des règles de droit international privé sont également primordiales. C'est pourquoi le notariat français a mis en place des actions vis-à-vis des particuliers **(Chapitre I)** et des entreprises **(Chapitre II)** afin de leur donner toutes informations utiles. Par ailleurs, il a collaboré, *via* le Conseil des notariats de l'Union européenne (CNUE), à la mise en place d'informations en ligne à destination des citoyens des États membres de l'Union **(Chapitre III)**.

(781) *Les enfants fantômes*, Albin Michel, 2014.

CHAPITRE I Les rencontres notariales internationales pour les Français de l'étranger

1663 Les expatriations sont aujourd'hui beaucoup plus nombreuses. Les personnes sont de plus en plus confrontées au titre de leurs biens et de leur famille à des questions d'ordre international. Le Conseil supérieur du notariat organise depuis 2009, avec l'appui des sénateurs des Français de l'étranger, en lien avec le ministère des Affaires étrangères, des rencontres juridiques organisées à l'étranger avec les ambassades et les consulats, les chambres de commerce et d'industrie françaises et des notaires ou juristes locaux. Ces rencontres se tiennent dans les consulats ou ambassades, en conformité avec le statut d'officier public du notaire.

Le *Guide juridique des Français de l'étranger* a été conçu par la profession et est librement disponible en ligne (782).

D'autres sites d'informations générales sont disponibles, à destination des expatriés (783).

Le principal média des Français et francophones à l'étranger propose un rendez-vous notarial mensuel sous une rubrique « Les notaires vous informent (784).

Le Conseil supérieur du notariat entretient des relations privilégiées avec certains pays. À ce titre, des rencontres ont eu lieu à Shanghai, Moscou, Sofia, Varsovie, Bucarest, Phnom Penh, Pékin, Tokyo, Saint-Pétersbourg, Kyoto, Lisbonne et Cracovie. Les premières rencontres notariales à plus grande échelle se sont tenues à Bruxelles en 2009. Le succès a été tel que ces rencontres ont été renouvelées. Des rencontres notariales ont lieu depuis régulièrement, dans différents pays du monde. À noter également que lorsqu'une délégation se rend dans un pays pour une mission précise, une prise de contact est effectuée par la Direction Europe et International du CSN afin d'organiser une rencontre avec les expatriés en collaboration avec les consulats et les ambassades.

CHAPITRE II L'accompagnement des entreprises françaises à l'étranger

1664 Les créateurs d'entreprises français se multiplient, notamment dans les pays émergents. Les questions d'ordre international en fonction de leur lieu de résidence restent fondamentales. L'acte authentique du notaire permet de sécuriser les échanges internationaux et de les rendre plus efficaces, notamment grâce à sa force exécutoire. C'est un outil de régulation qui permet de sécuriser les transactions en amont et évite des conflits commerciaux lourds et chers ainsi que des dérives comme la crise des *subprimes*, dont l'ampleur a été renforcée aux États-Unis.

Un accord a été signé le 6 mai 2013 avec la Chambre de commerce et d'industrie internationale (CCI International) pour faciliter l'accompagnement des entreprises à l'étranger.

Par ailleurs, le gouvernement chinois a lancé en 2013 un vaste projet appelé « Les Nouvelles Routes de la Soie ». Tous les pays du monde ont été invités à y participer. L'objectif est de multiplier les échanges et de favoriser le développement économique. La France a décidé

(782) www.notaires.fr/multimedia/document/guide_juridique_expatriation.pdf
(783) www.notaires.fr/notaires/votre-expatriation
(784) www.lepetitjournal.com

d'y participer. Pour faire aboutir ce projet, il est nécessaire de s'appuyer sur les normes juridiques. Les juristes chinois et français se sont associés pour donner naissance à ce projet. Le notariat français y participe activement. Là encore, l'objectif est de préparer le terrain pour faciliter l'implantation de nouvelles entreprises, en multipliant les échanges.

1665 Enfin, le Conseil supérieur du notariat est membre du Forum francophone des affaires (FFA), qui est un espace de partenariat et de solidarité fondé sur l'intensification des relations économiques et commerciales et sur la promotion d'une vision du monde et de l'économie qui prend en compte les valeurs humanistes dans le respect des identités culturelles. Il favorise le dialogue entre l'économique et le politique au travers de rencontres d'entreprises et de chefs d'État, de gouvernements et de ministres. Il renforce la communication entre les mondes économique et politique. Il contribue à faciliter les échanges entre les entreprises et à accroître l'influence du secteur privé dans l'économie des pays.

CHAPITRE III L'accès au droit des citoyens européens

1666 Le Conseil supérieur du notariat s'est engagé au sein du Conseil des notariats de l'Union européenne à faciliter l'accès au droit des citoyens européens. Les notaires d'Europe ont ainsi mis en ligne des informations sur le droit des États membres en matière de ventes d'immeubles, de successions, de régimes matrimoniaux, de partenariats enregistrés, de protection des mineurs et des majeurs vulnérables, avec des cofinancements européens (785).

Un nouveau site web d'information à destination du grand public vient d'être lancé : actes authentiques en Europe. Ce site fournit des informations sur la force probante des actes authentiques dans les vingt-deux pays de l'Union européenne connaissant le notariat en matière de successions et de droit de la famille (786).

Les actions du notariat français, à travers des organismes internationaux, permettent de mettre en avant le rôle du notaire et de valoriser sa fonction qui participe à la sécurisation des relations juridiques dans le monde.

Outre ces actions d'accompagnement, le notariat français développe depuis 1996 des relations avec les autres notariats **(Titre III)** se concrétisant par des accords bilatéraux **(Sous-titre I)** qui ont pour objectif soit des échanges de bonnes pratiques juridiques, des formations entre juristes, soit répondent à une demande d'expertises foncières. Les différents jumelages mis en place par les conseils régionaux ou les chambres départementales sont présentés **(Chapitre I)** ainsi que les accords de coopération **(Chapitre II)**. L'exemple de la Chine est le plus significatif **(Chapitre III)**.

Le notaire français cherche également à développer des opérations en relation avec les autres pays **(Sous-titre II)**. D'une part avec les États membres de l'Union européenne à travers l'action menée par le Bureau des notaires de France à Bruxelles **(Chapitre I)**, d'autre part avec l'exportation de son savoir-faire vers les autres notariats notamment en matière de dématérialisation **(Chapitre II)**.

(785) Pour l'achat d'un bien immobilier en Europe : www.jachetemonlogement.eu
Pour les successions en Europe : www.successions-europe.eu
Pour les mesures de protection pour les mineurs et les adultes en Europe : www.the-vulnerable.eu/?lang=fr
Pour le droit des couples en Europe : www.coupleseurope.eu

(786) www.actes-authentiques.eu

TITRE III

Les rapprochements avec les autres notariats

SOUS-TITRE I

Les accords bilatéraux

CHAPITRE I Les jumelages

Depuis le début des années 1990, de nombreux jumelages ont été conclus par les chambres départementales ou les conseils régionaux. Ils ont pour objectif soit de mettre en place des formations notariales, soit d'échanger des documents et des informations théoriques et pratiques sur l'organisation et le fonctionnement de la profession notariale, ou encore de mettre en place des visites mutuelles d'études. Parfois, ils organisent l'accueil de jeunes étudiants ou de diplômés notaires. Tout jumelage fait l'objet d'un protocole qui décrit les actions envisagées et les engagements de chaque partie. Les raisons de conclure ces jumelages sont multiples. Il peut s'agir d'une demande particulière de formation, d'un besoin d'expertise pour structurer la profession ou encore d'échanges et de réflexions sur des thèmes déterminés afin que chaque partie puisse évoluer dans sa façon de travailler. **1667**

La liste des jumelages signés à ce jour est présentée :

Jumelages internationaux

Pays	Ville	Chambre ou conseil régional	Département
Algérie	Oran	Chambre des notaires de Gironde	33
Algérie	Alger	Chambre des notaires de Paris	75
Algérie	Constantine	Chambre des notaires des Bouches-du-Rhône	13
Algérie	Alger	Chambre interdépartementale des notaires de Versailles	78
Algérie	Alger	Conseil régional d'Aix-en-Provence	13
Allemagne	Stuttgart	Chambre des notaires du Bas-Rhin	67
Allemagne	Sarre	Chambre interdépartementale des notaires de Reims	51
Allemagne	Hambourg	Conseil régional de Versailles	78
Arménie		Conseil régional des Bouches-du-Rhône	13
Belgique	Bruxelles	Chambre des notaires de Paris	75

Pays	Ville	Chambre ou conseil régional	Département
Belgique	Namur et Dinan	Chambre des notaires d'Indre-et-Loire	37
Bénin	Cotonou	Chambre des notaires de la Haute-Marne	52
Bulgarie		Chambre interdépartementale de Toulouse	31
Bulgarie	Sofia	Conseil régional de Versailles	78
Chine	Pékin	Chambre des notaires de Paris	75
Chine	Chongqing	Chambre des notaires de Paris	75
Chine	Zhejiang	Chambre des notaires de Paris	75
Chine	Shanghai	Chambre des notaires des Bouches-du-Rhône	13
Espagne	Madrid	Chambre des notaires de Paris	75
Hongrie	Budapest	Chambre des notaires de Lyon	69
Hongrie	Budapest	Chambre des notaires de Paris	75
Hongrie	Pecs	Conseil régional d'Aix-en-Provence	13
Italie	Région Piémont-Val d'Aoste	Chambre des notaires de l'Isère	38
Italie	Rome	Chambre des notaires de Paris	75
Italie	Venise	Chambre interdépartementale des notaires de Franche-Comté	25
Italie	Ligurie	Conseil régional d'Aix-en-Provence	13
Italie	Florence	Conseil régional d'Orléans	45
Luxembourg		Chambre des notaires de Paris	75
Maroc	Fès	Chambre des notaires de Paris	75
Maroc	Rabat	Chambre des notaires de Paris	75
Maroc	Meknès	Chambre des notaires du Gard	30
Maroc	Fès	Chambre interdépartementale des notaires de Versailles	78
Maroc	Casablanca	Conseil régional de Bordeaux	33
Maroc	Tanger	Conseil régional de Rennes	35
Maroc		Conseils régionaux d'Aix-en-Provence, Nîmes, Montpellier et Bastia	13
Pays-Bas	Amsterdam	Chambre des notaires de Paris	75
Pologne	Katowice	Chambre des notaires de Charente-Maritime	17
Pologne	Varsovie	Chambre des notaires de Paris	75
Pologne	Rzeszow	Chambre des notaires de Seine-et-Marne	77

Pays	Ville	Chambre ou conseil régional	Département
Pologne	Gdansk	Chambre des notaires des Alpes-Maritimes	6
Pologne	Cracovie	Chambre interdépartementale de Toulouse	31
Portugal		Conseil régional de Paris II	75
République tchèque	Prague	Chambre des notaires de Paris	75
Roumanie	Ploesti	Chambre des notaires de l'Aveyron	12
Roumanie	Timisoara	Chambre interdépartementale des notaires de la Savoie et de la Haute-Savoie	74
Roumanie	Lasi	Chambre interdépartementale du Gers, du Lot, et de Lot-et-Garonne (cour d'appel d'Agen)	47
Roumanie	Brasov	Conseil régional de Douai remplacé par la Chambre interdépartementale des notaires du Nord et du Pas-de-Calais	59 et 62
Roumanie	Bucarest	Conseil régional de Poitiers	86
Russie	Ekaterinbourg	Chambre des notaires de Paris	75
Russie	Moscou	Chambre des notaires de Paris	75
Russie	Voronej	Conseil régional d'Aix-en-Provence	13
Russie	Saint-Pétersbourg, Oblast	Conseil régional de Poitiers	86
Russie	Saint-Pétersbourg	Conseil régional de Versailles	78
Suisse	Genève et Canton de Vaud	Chambre des notaires de l'Ain	01
Suisse	Canton de Neuchâtel	Chambre interdépartementale des notaires de Franche-Comté	25
Suisse	Genève	Chambre des notaires de Paris	75
Tchad	N'Djaména	Chambre des notaires d'Ille-et-Vilaine	35
Togo	Lomé	Chambre interdépartementale des notaires de la Basse-Normandie	14
Tunisie	Tunis	Conseil régional d'Aix-en-Provence	13
Vietnam	Hanoï	Chambre des notaires de Paris	75
Vietnam	Haïphong	Conseil interrégional des notaires de Colmar/Metz (Strasbourg)	57
Vietnam	Vinh Phuc	Conseil régional d'Auvergne	63
Vietnam	Hai Duong	Conseil régional de Bordeaux	33
Vietnam	Danang	Conseil régional de Douai remplacé par la Chambre interdépartementale des notaires du Nord et du Pas-de-Calais	59 et 62

Pays	Ville	Chambre ou conseil régional	Département
Vietnam	Ho Chi Minh Ville	Conseil régional de Lyon	69
Vietnam	Thai N'Guyen	Conseil régional de Rouen	76
Vietnam	Thanh Hoa	Conseil régional de Montpellier	34
65 jumelages		impliquant 30 chambres ou conseils régionaux	

CHAPITRE II Les accords de partenariat

1668 Le Conseil supérieur du notariat est lié aux notariats et ministères de la Justice étrangers par vingt-cinq accords de partenariat, qui couvrent des pays du pourtour méditerranéen : l'Asie (Cambodge, Chine, Kazakhstan, Mongolie, Thaïlande, Vietnam), le Proche-Orient et le Moyen-Orient (Émirats arabes unis, Iran, Liban), l'Amérique (Colombie, Haïti), l'Europe de l'Est (Bulgarie, Hongrie, Pologne, Roumanie, Russie, Serbie) et l'Océan indien (Comores, île Maurice, Madagascar) ainsi que l'Allemagne, l'Italie et le Québec. En application de ces accords, les notaires de France participent à des séminaires de formation, à des échanges de bonnes pratiques, à des travaux plus normatifs de rédaction de fiches ou manuels. Ils sont également amenés à structurer l'organisation notariale à la demande de certains pays. Ils s'engagent à travailler ensemble au sein du Conseil des notaires de l'Union européenne (CNUE).

1669 **Accords de coopération**

Pays/Thème	Nom de l'organisation	Année de l'accord
Allemagne	*Bundesnotarkammer*	2014
Algérie	Chambre nationale des notaires d'Algérie	2004
Banque mondiale	Banque mondiale – Programme « Global Forum on Law, Justice and Development – GFLJD »	2012
Bulgarie	Chambre des notaires de Bulgarie	2007
Cambodge	Ministère de la Justice du Cambodge Académie des professions juridiques et judiciaires du Cambodge	2007
Cambodge	Académie des professions juridiques et judiciaires du Cambodge	2009
Chine	Association du notariat de Chine	2018
Chine	Association du notariat de Shanghai	2001
Chine	CSN Université de droit et de science politique de Chine	2007
Chine	Association du notariat de Shanghai Centre de Shanghai Université Paris II – Panthéon-Assas East China University of Politics and law (HuaDong)	2011

Pays/Thème	Nom de l'organisation	Année de l'accord
Chine	Faculté de droit de l'Université de la forêt – Bureau national de la forêt de Chine – CSN – CDC-La Forestière	2015
Colombie	Union Colegiada del Notariado colombiano	2013
Comores	Association comorienne des notaires	2018
Émirats arabes unis	Ministère de la Justice	2017
Haïti	Syndicat des notaires des juridictions d'Haïti	2014
Hongrie	Chambre des notaires de Hongrie	2013
Île Maurice	Chambre nationale des notaires de l'île Maurice	2009
Iran	Conseil supérieur des notaires iraniens	2016
Italie	Conseil national du notariat	2017
Kazakhstan	Kazakhstan – Université publique Caspienne	2017
Kazakhstan	Kazakhstan – Chambre républicaine du notariat de la République du Kazakhstan	2017
Liban	Conseil des notaires du Liban	2018
Madagascar	Chambre nationale des notaires de Madagascar	2008
Maroc	Chambre nationale des notaires du Maroc – Ordre national des notaires du Maroc	2001
Mongolie	Chambre des notaires de Mongolie	2013
OIDD/IDLO	OIDD/ILDO – Organisation internationale du droit au développement	2011
Onu Habitat	ONU-Habitat – Global Land Tool Network Adhésion	2011
Pologne	Conseil national du notariat polonais	2004
Québec	Chambre des notaires du Québec	2016
Roumanie	Union nationale des notaires publics de Roumanie	2007
Russie	Chambre fédérale des notaires de Russie	2003
Serbie	Ministère de la Justice de Serbie	2006
Serbie	Ministère de la Justice de Serbie	2013
Thaïlande	Ministère de la Justice	2014
Tunisie	Association nationale des chambres des notaires de Tunisie puis Chambre nationale des notaires de Tunisie	2011
Vietnam	Ministère des Ressources naturelles du Vietnam – Monre	2007
Vietnam	Ministère de la Justice du Vietnam Ambassade de France	2008
Vietnam	Académie judiciaire du Vietnam	2013

CHAPITRE III L'exemple de la Chine

1670 L'activité du Centre sino-français d'échanges notariaux et juridiques à Shanghai (787) a permis la création d'un notariat de type latin en Chine, en 2006. L'organisation, à partir de 2000, de plus d'une trentaine de séminaires professionnels dans une vingtaine de provinces a permis de sensibiliser plus de 5 000 notaires chinois aux principes généraux qui gouvernent notre profession.

Le Centre est cogéré et cofinancé par le CSN et le Bureau de la Justice de Shanghai. Cinq gardes des Sceaux français ont visité le Centre (MM. Dominique Perben, Pascal Clément, Michel Mercier, Mmes Rachida Dati et Nicole Belloubet) ainsi que deux ministres de la Justice chinois.

Le CSN a signé en 2010 un accord de coopération avec l'Université de droit et de science politique de Chine à Pékin. Dans le cadre de cet accord, le notariat français a organisé plusieurs colloques devant des universitaires et représentants de ministères chinois. L'expertise foncière française est fortement appréciée, d'autant que la Chine travaille aujourd'hui sur la mise en place d'un système d'enregistrement immobilier. Depuis 2013, il dispose d'un bureau mis à disposition au Centre de recherche en droit notarial de cette université. Cette dernière est directement consultée par le Conseil des affaires d'État chinois pour ses réformes législatives.

Le CSN a tenu en 2014 un colloque organisé par l'ambassade de France à Pékin sur l'enregistrement immobilier, en coopération avec l'Association des notaires de Chine, le Conseil d'État, la Cour de cassation, la DGFiP du ministère des Finances et l'Ordre des géomètres-experts. Une conférence sur « Les ventes de biens immobiliers » s'est tenue à l'Université de droit et de science politique de Chine à Pékin la même année, associant juristes et historiens du droit, financiers, urbanistes et architectes, responsables du patrimoine et créateurs, chercheurs et enseignants. Le CSN a par la suite reçu une délégation du ministère du Territoire et des Ressources de Chine afin d'étudier le système français.

Le CSN apporte également depuis 2013 son expertise en matière de gestion des forêts. Un accord quadripartite (CSN, Bureau national de la forêt de Chine, Université de la forêt et société La Forestière) a été conclu.

En appui de son action, le CSN a été associé par trois fois dans les quinze dernières années aux déplacements de présidents de la République en Chine. Le 10 janvier 2018, à l'occasion du déplacement du Président de la République avec Me Didier Coiffard, président du Conseil supérieur du notariat, a été signé un accord avec l'Association des notaires de Chine. Cet accord a pour objectif principal d'améliorer la coopération entre les notaires des deux pays en engageant des travaux pour une meilleure reconnaissance mutuelle des actes notariés et en développant un véritable réseau professionnel opérationnel.

CHAPITRE IV Les formations à l'international

1671 Le Conseil supérieur du notariat intervient depuis de très nombreuses années dans le cadre de la formation des notaires étrangers pour le renforcement des ministères de la Justice et l'État de droit. À ce titre, le CSN a formé plusieurs centaines de notaires étrangers en lien avec les accords de coopération. De nombreuses actions ont été menées.

(787) www.cnfr-notaire.org/fr/index.htm

En Afrique, le notariat français intervient dans le cadre de l'Association du notariat francophone. Des universités du notariat ont été organisées qui ont réuni, en Afrique, les notaires et les collaborateurs sur des thématiques transversales à la profession et sur le droit OHADA. Chaque université réunit des centaines de notaires venus de quinze pays d'Afrique. Des séminaires de formation ont été organisés sur l'inspection des offices et la comptabilité notariale, sur les liquidations et licitations amiables et judiciaires. Depuis 2003, six cents juristes issus de six pays francophones ont été formés aux compétences juridiques notariales durant une semaine pendant l'université notariale.

En Algérie, depuis 2004, plus de 250 notaires algériens ont bénéficié d'une formation en France sous forme de participation à des séminaires. En outre, le notariat français a également animé des séminaires de formation notariale sur le droit des sûretés, sur le crédit hypothécaire et sur le droit immobilier.

En Bulgarie, les deux notariats entretiennent un jumelage interchambres (Conseil régional des notaires de Versailles et Chambre des notaires de Sofia) grâce auquel les notaires des deux pays échangent les bonnes pratiques notariales. Dans le cadre de l'accord de coopération, des séminaires ont été organisés sur les thèmes principaux du notariat et plus particulièrement sur la création d'une caisse des dépôts.

Le Conseil supérieur du notariat assiste le gouvernement cambodgien dans la mise en place d'un programme de formation des futurs notaires après la signature d'un accord de coopération. Le CSN a participé à la première formation des formateurs cambodgiens.

Avec la Chine, comme cela a été évoqué, un accord a été passé entre le Bureau de la Justice de Shanghai et le notariat français, créant le Centre sino-français d'échanges juridiques et notariaux à Shanghai. Plus de 5 500 juristes chinois ont été formés à ce jour par le biais de séminaires annuels de formation. Cinquante-quatre séminaires se sont tenus jusqu'à présent, dont trente-et-un en Chine dans vingt-quatre provinces, vingt-cinq en France. Des étudiants chinois, sélectionnés à un niveau d'excellence, ont été formés à la langue française et au droit français dans le cadre des trois masters juridiques franco-chinois. Un nouvel accord de coopération entre le Centre, l'Université Paris II et l'Université de droit et de science politique de la Chine de l'Est a été signé au Centre le 17 octobre 2011. Enfin, plusieurs étudiants français désignés par les universités françaises ont effectué un stage au Centre sino-français d'échanges juridiques et notariaux à Shanghai.

Au Liban, dans le cadre d'un projet financé par l'Union européenne sur le « Renforcement des capacités du ministère de la Justice – soutien à la professionnalisation », le notariat français a participé à la formation des notaires libanais. À ce jour, cent cinquante notaires ont été concernés par six séminaires de formation portant sur la déontologie-discipline, structure de la profession et compétences notariales.

À Madagascar, le notariat français a organisé des sessions de formation (déontologie- discipline, organisation professionnelle et compétences notariales) qui ont réuni plusieurs centaines de participants (notaires, collaborateurs, stagiaires).

À l'île Maurice, le notariat français a organisé des sessions de formation portant sur la déontologie, la discipline, l'organisation professionnelle et les compétences notariales.

Au Maroc, de nombreuses formations ont été organisées avec la Chambre nationale du notariat moderne et deux universités franco-marocaines du notariat, à Casablanca.

Avec la Pologne, depuis 2004 plusieurs colloques franco-polonais sur les thèmes tels que le droit de la famille, la protection des consommateurs-acquéreurs et la garantie collective notariale ont été organisés.

Avec la Roumanie, la coopération entre la faculté de droit de l'Université de Bucarest et l'Université Paris I existe depuis 1993. En 1995, un consortium d'universités et d'institutions françaises est venu la renforcer. Le CSN est partenaire de ce consortium. Le Collège juridique franco-roumain est destiné aux étudiants inscrits à la faculté de droit de l'Université de Bucarest. Les deux notariats entretiennent cinq jumelages interchambres qui sont d'excellentes structures pour les échanges de bonnes pratiques. Enfin, le notariat français est membre de l'association des juristes franco-roumains.

En Russie, des séminaires scientifiques se tiennent tous les ans sur des sujets d'actualité juridique, tantôt en Russie, tantôt en France. Ils permettent des échanges d'expertises. Douze colloques se sont tenus depuis 2004 avec la participation de plus de neuf cents personnes. Les sujets abordés ont été : la déontologie, la discipline, l'assurance et la garantie collective notariale, les nouvelles technologies, la justice préventive, la médiation, les successions internationales et l'accès à la profession.

En Serbie, le Conseil supérieur du notariat a apporté son expertise aux autorités afin notamment de mettre sur pied le cadre législatif pour implanter le notariat public et former les futurs notaires. Faisant suite à l'expertise du notariat français, la loi notariale a été adoptée par le Parlement serbe le 5 mai 2011. Le ministre de la Justice a officiellement nommé les quatre-vingt-quatorze premiers notaires serbes qui ont pris leurs fonctions le 1er septembre 2015.

Le Conseil supérieur du notariat (CSN) a initié ses premiers contacts avec le Vietnam il y a vingt ans dans le cadre de la création de la Maison du Droit à Hanoï. Depuis 2003, le notariat français a participé à dix-sept séminaires de formation initiale et continue notariale touchant plus de six cents notaires et juristes vietnamiens. Il a également participé au séminaire de formation des nouveaux notaires vietnamiens libéraux.

Le notariat français prend également part au programme de formation « L'Europe pour les notaires – les notaires pour l'Europe » porté par le Conseil des notariats de l'Union européenne (CNUE). Dans ce cadre, des manifestations se tiennent à Paris et regroupent au total près de quatre cents personnes : deux tiers de Français, un tiers de non-Français (Allemands, Italiens, Espagnols principalement).

SOUS-TITRE II

Les opérations relationnelles

1672 Les opérations en lien avec les institutions internationales et celles en lien avec les différents notariats rendent les actions plus efficaces. C'est pourquoi ce mode opératoire est souvent privilégié.

CHAPITRE I La représentation des notaires de France à Bruxelles

1673 Le bureau permanent de Bruxelles, situé au cœur du quartier européen, a pour mission de représenter les intérêts du notariat français auprès des actions européens. Pour ce faire, il entretient des contacts quotidiens avec les décideurs politiques à Bruxelles et collabore avec les représentations des notariats (agents de la Représentation permanente de la France à

Bruxelles, fonctionnaires des institutions européennes [Parlement, Commission, Conseil], députés européens et employés des groupes politiques). Il a été mis en place en 2006.

Le bureau de Bruxelles participe également aux travaux du Conseil des notariats de l'Union européenne (CNUE) et contribue à la sensibilisation des institutions européennes au notariat de droit civil. Il participe au montage de projets européens, à la formation des notaires français aux questions européennes. Il assure également un suivi des activités de la Commission des affaires européennes de l'UINL.

L'organisation européenne est à la recherche permanente de compromis pour aboutir à une réglementation. Ceci implique une nécessité d'être présent à Bruxelles afin d'être informé des tendances politiques. Le bureau réalise un travail de veille législative et politique, prépare des prises de position et construit une politique française validée par les instances notariales.

Le notariat français s'implique dans le processus législatif européen. En effet, lorsque la Commission européenne envisage un projet de règlement ou de directive, il est envoyé au Conseil et au Parlement européen, les deux colégislateurs. Une étude d'impact est réalisée. Une proposition de texte est rédigée avec un groupe d'experts. Le Conseil des notariats de l'Union européenne (CNUE) prépare des amendements et les présente aux colégislateurs. Le bureau intervient à ce stade dans le cadre des travaux du CNUE. Ce fut par exemple le cas il y a une dizaine d'années, lorsque le travail a débuté pour la mise en place d'un éventuel règlement « Successions ». Le notariat français a bien entendu participé très activement à ces travaux.

CHAPITRE II Le développement des nouvelles technologies à l'international

Le notariat est, comme tout acteur économique, confronté à l'enjeu des technologies de l'information et des communications. Mais, contrairement à beaucoup d'autres activités, l'informatisation du notariat ne peut se faire qu'en respectant les obligations qui résultent du statut du notaire : confidentialité et sécurité. **1674**

Dès 1983, une structure adaptée a été créée : l'Association pour le développement du service notarial (ADSN). Des outils ont été mis en place, comme le fichier des testaments dès 1971, le réseau d'échange sécurisé « REAL », développé dès 1996, la signature électronique sécurisée autorisée par le décret du 10 août 2005, la publication dématérialisée des actes de mutation immobilière dans les registres fonciers, la création d'une plate-forme d'échanges permettant le traitement, la vérification et l'acheminement des flux de données informatiques vers la Direction générale des finances publiques, mais aussi exploitable avec d'autres partenaires de la profession, baptisée « PLANETE ». Celle-ci sert également de lien vers la Caisse des dépôts, seul établissement financier habilité à recevoir les comptes bancaires des offices.

La mise en place de ces systèmes, que les notaires de France connaissent bien aujourd'hui, n'a été possible que parce qu'ils ont été initiés et développés collectivement.

Le notariat français est aujourd'hui à la pointe des nouvelles technologies. Beaucoup de notariats sont intéressés par ces développements. Des démonstrations sont organisées à la demande des notariats étrangers par les services de l'ADSN. Certaines technologies ont d'ores et déjà été exportées, comme le système de la carte Réal ou les échanges dématérialisés avec les services chargés de la publicité foncière.

Les rapprochements avec les divers notariats permettent de mieux comprendre les différentes pratiques, de faciliter les échanges afin de fluidifier les relations juridiques pour une meilleure efficience économique.

CHAPITRE III CSN International

1675 CSN International est une association régie par la loi de 1901, née le 19 décembre 2013. L'association a été dénommée à l'origine Internot (*International Notaires*). Elle a été créée par le Conseil supérieur du notariat. Elle a pour objectif de proposer, dans un cadre international, une activité de conseil, d'expertise et de formation par les notaires de France, en partenariat avec le monde de l'enseignement supérieur et les professions juridiques et judiciaires. Sollicitée par des partenaires publics ou privés ou par des notariats étrangers, elle exporte l'expertise notariale française et intervient dans les appels d'offres internationaux. L'expertise notariale intervient par exemple dans des domaines familiers tels que le droit immobilier – par des audits et des propositions de solutions pour le titrement – ou le droit de la famille. Elle participe également à l'organisation d'événements internationaux comme le Congrès de l'UINL qui avait lieu à Paris en 2016. Ces dernières années, elle a été beaucoup sollicitée pour son savoir-faire en matière de dématérialisation, d'acte authentique électronique, de signature électronique, de télétransmission de données vers les registres publics.

L'association CSN International est intervenue notamment au Cameroun pour la formation des notaires camerounais à l'École nationale d'administration et de la magistrature (ENAM), et à l'île Maurice pour former des fonctionnaires du ministère des Affaires foncières en matière de copropriété, après avoir remporté l'appel d'offres pour la mise en place des « Villes Nouvelles » appelées *Smart Cities*.

TITRE IV

Les actions destinées à soutenir l'action internationale du notariat français

1676 Le notariat français s'est engagé depuis plusieurs années à contribuer à la collaboration avec les systèmes juridiques étrangers. Pour cela, il a mis en place des outils destinés à favoriser le travail quotidien de chaque professionnel, par des actions européennes **(Sous-titre I)**, internationales **(Sous-titre II)**, ou encore nationales **(Sous-titre III)**.

SOUS-TITRE I

Les actions européennes

CHAPITRE I Le Réseau notarial européen (RNE)

1677 Le Réseau notarial européen couvre les vingt-deux pays de l'Union européenne qui connaissent le notariat. Un contact par pays a été mis en place afin d'apporter des renseignements pratiques sur les dossiers transfrontaliers. Les échanges dématérialisés s'effectuent *via* une plate-forme en ligne sécurisée du RNE. L'inscription au Réseau notarial européen s'effectue par la page d'accueil du site (788). Un Annuaire européen des notaires (789) a également été mis en place. Il permet de trouver les coordonnées d'un notaire partout dans les vingt-deux pays qui composent le CNUE. Les langues parlées sont affichées.

CHAPITRE II L'Association pour un réseau européen des registres testamentaires (ARERT)

1678 Fonctionnel depuis 2002, le réseau européen des registres testamentaires (RERT) (790), par l'interconnexion sécurisée des différents registres nationaux, permet de rechercher au sein de l'Union européenne les dispositions testamentaires d'une personne décédée.

Le RERT interconnecte également les registres nationaux de certificat successoral européen afin de permettre la recherche de ceux émis dans un autre État, dans le respect des conditions imposées par celui-ci. À ce jour les registres français, luxembourgeois et néerlandais de certificats successoraux européens sont interconnectés.

CHAPITRE III L'Association des notaires des métropoles européennes (ANME)

1679 L'Association des notaires des métropoles européennes est aujourd'hui composée des chambres des notaires de Berlin, Bruxelles, Genève, Lausanne, Madrid, Moscou, Paris, Rome et Vienne.

Elle est issue de la coopération de la Chambre des notaires de Paris ayant pris dans un premier temps la forme de jumelages avec des notariats de métropoles proches telles que Bruxelles et Madrid en 1990, Genève en 1991 et Rome en 1993. Ces jumelages bilatéraux ont débouché sur la rédaction d'une « Charte des notaires des capitales et des grandes métropoles européennes », signée à l'hôtel de ville de Paris le 15 octobre 1993 par les notaires de Paris, Bruxelles, Madrid, Genève, Rome, Luxembourg et Varsovie. Berlin a rejoint la Charte en 1994, avant la mise en place d'une association de droit français dont les

(788) www.enn-rne.eu
(789) www.annuaire-des-notaires.eu
(790) www.arert.eu

statuts ont été signés par acte authentique le 17 novembre 1995. Moscou est membre depuis octobre 2012.

L'objectif de l'association est de favoriser les relations transfrontalières afin de mieux accompagner au quotidien les clients dans des dossiers impliquant deux ou plusieurs pays européens. Elle a également construit un véritable réseau d'échange entre professionnels de différentes nationalités européennes.

Elle édite et diffuse à l'ensemble des notariats des publications sur des sujets divers. En 2008 un colloque a été organisé sur le thème de la lutte contre le blanchiment de capitaux, et en 2011 sur la création d'un outil destiné à être mis à la disposition des notaires pour l'établissement ou la réception de procurations. Un *Guide des procurations en Europe*, surnommé « Le convertisseur », a été édité en 2012 (791), qui définit les règles de forme requises dans le système juridique où la procuration sera utilisée ainsi que les mentions spécifiques qu'il ne faut pas omettre pour qu'elle soit pleinement efficace.

Elle a également édité en 2015 un *Guide pratique au service des citoyens, des notaires et des juristes européens sur la vente immobilière et les successions en Europe*, résolument tourné vers la pratique quotidienne. Il permet d'appréhender rapidement les enjeux, les grandes étapes, les similitudes et les différences de procédures de la vente d'un bien immobilier ou d'une succession, dans les huit pays membres de l'association. L'association a développé une nouvelle discipline, à côté du droit comparé connu par l'université. Il s'agit de la pratique comparée.

Grâce à ces actions et publications, l'ANME participe parmi d'autres à la réalité de la construction de l'Europe juridique et notariale, au bénéfice des citoyens européens.

CHAPITRE IV **EUFides**

1680 EUFides (792) est une plate-forme de collaboration. Elle est régie par une association internationale sans but lucratif de droit belge (AISBL), dont les membres fondateurs sont les notariats belge, espagnol, français, italien et luxembourgeois. Lancée en 2012, cette plate-forme sécurisée sous forme de *cloud* notarial est née de la volonté des notaires d'Europe de développer des outils de collaboration transfrontalière, notamment de manière dématérialisée.

Les notaires des notariats membres peuvent utiliser la plate-forme pour obtenir des informations détaillées sur, actuellement, la réglementation de la vente immobilière ainsi que la fiscalité dans cinq pays : la France, la Belgique, l'Italie, l'Espagne et le Luxembourg.

Ils peuvent également inviter un notaire de droit civil d'un pays européen afin de collaborer sur un dossier. Les droits d'accès sont délivrés par les instances notariales nationales (793). Seuls les notaires en exercice peuvent bénéficier d'un accès au service.

(791) ANME, *Guide des procurations en Europe*, LexisNexis, coll. « Les guides », 2012.
(792) www.eufides.eu
(793) Pour une demande d'inscription pour les notaires de France : france@eufides.eu

SOUS-TITRE II

Les actions internationales

CHAPITRE I L'Université mondiale du notariat « Jean-Paul Decorps »

1681 L'Union internationale du notariat (UINL) s'implique dans la formation des notaires avec la création de l'Université du notariat appelée « Université Jean-Paul Decorps ». Le cycle préparatoire est conclu par un séminaire final d'une semaine organisé tous les ans, une année à Buenos Aires, l'autre année à Rome, siège de l'UINL. Ainsi se trouvent favorisés les échanges de bonnes pratiques notariales entre les jeunes notaires, la mise en œuvre de procédures dans un cadre international permettant de créer un réseau de travail entre les étudiants.

Une association des anciens de l'université, les « Alumni », a été créée et regroupe tous les participants depuis 2012, ce qui leur permet de conserver un contact privilégié avec l'ensemble des autres étudiants de l'université. Les « Alumni » peuvent rédiger ensemble des articles de droit comparé qui sont publiés sur le site de l'UINL.

Les dernières actions de l'UINL portent sur les personnes vulnérables, l'identification des personnes, la lutte contre le blanchiment, le développement des nouvelles technologies et la mise en place d'outils communs, l'égalité hommes-femmes ou encore le notaire tiers de confiance.

CHAPITRE II Le forum général de l'UINL

1682 L'Union internationale du notariat (UINL) met à la disposition de tous les notaires du monde un forum juridique leur permettant de poser toute question d'ordre juridique et notarial et d'obtenir des réponses de leurs confrères de tous pays.

Pour accéder au forum général de l'UNIL, il faut être notaire et préalablement enregistré dans la base de données web UNIL (794).

SOUS-TITRE III

Les actions nationales

CHAPITRE I L'Association du Centre notarial de droit européen (Acenode)

1683 L'Acenode a été créée en 2012 par le Conseil supérieur du notariat, sous l'initiative du Mouvement Jeune Notariat et du conseil régional de la cour d'appel de Lyon. L'objectif est de permettre à chaque notaire de se former et d'améliorer ses actes et ses conseils afin d'accompagner ses clients dans leur vie et leurs projets au sein de l'Union européenne.

(794) uinl@uinl.org

L'espace est réservé aux notaires dont le conseil régional a adhéré et qui vous fournira la clé nécessaire à la validation de l'enregistrement sur le site (795).

L'Acenode a pour objectif de former, d'informer et d'accompagner dans le traitement des dossiers internationaux.

Elle a mis en place des outils pratiques. Un tableau de droit comparé en Europe reprend pour chaque pays une note sur les régimes matrimoniaux, les droits des conjoints survivants, les mesures pour les incapables majeurs et les différentes formes d'union admises. En matière de fiscalité, le site reprend les principales conventions bilatérales en matière de droits de donation, de succession et d'impôt sur le revenu et la fortune. Il reprend également la liste des organismes, des institutions et des médiateurs spécialisés en matière familiale. Les différents règlements de l'Union européenne sont consultables en précisant pour chacun d'eux la compétence traitée et la loi applicable visée.

L'Acenode propose de la formation continue avec des conférences, des colloques et des séminaires organisés dans les différentes chambres départementales, interdépartementales ou les conseils régionaux. Des web-conférences permettent aux notaires de développer leurs compétences en droit international notarial depuis leur bureau. Des séminaires contribuent au développement de réseaux de notaires étrangers afin de faciliter le traitement des dossiers internationaux. Une veille juridique est également assurée sur le site internet. L'association organise un diplôme universitaire de droit notarial international, en collaboration avec l'Université de Lyon III.

CHAPITRE II *La lettre des notaires de France dans le monde*

1684 *La lettre des notaires de France dans le monde* est un support écrit diffusé de façon bimestrielle, rendant compte des actions du notariat français à l'international. Elle revient sur les conférences, les différentes missions et sur le déroulement des coopérations internationales sur la période. Elle laisse aussi la parole à des personnalités politiques et développe des thèmes divers favorisant une compréhension plus générale de l'action internationale du notariat. Éditée par le Conseil supérieur du notariat, la lettre est disponible sur le site « www.notaires.fr/.../lettre-notaires-France-dans-monde ». Sa lecture dématérialisée permet également de visionner des reportages vidéo édités par la profession.

CHAPITRE III JaFBase

1685 JaFBase est une base de données qui n'a pas été créée par le notariat, mais par les magistrats et plus particulièrement par M. Cyril Roth, magistrat de l'ordre judiciaire, à destination des praticiens. Le site est donc spécialisé en matière familiale, et plus particulièrement en matière de divorce.

Il recense les conventions internationales et les textes applicables aux litiges pouvant être portés devant le juge aux affaires familiales. Le site est participatif. Il permet à chacun d'adresser des documents ou des liens qui sont repris à destination de tous. Il comporte également de nombreux liens externes vers d'autres sites internet. JaFBase édicte une *newsletter* qui reprend les dernières ressources accessibles sur le site ainsi que de l'actualité jurisprudentielle et doctrinale, très utile pour les praticiens que nous sommes.

(795) www.acenode.eu

CHAPITRE IV Conclusion

1686 Depuis ses origines, l'action internationale du notariat français a parcouru un long chemin. Mise en place initialement pour apporter un appui aux nouvelles démocraties, elle a accueilli et noué des contacts avec les notariats du monde entier, des pays africains à la Chine, de la Russie à l'Indonésie et au Moyen-Orient. Elle a développé ses actions, de l'échange de bonnes pratiques notariales à la sensibilisation des autorités à la sécurité juridique, de la reconnaissance du notariat comme expert par les organisations internationales à la démonstration du rôle social du notaire par son implication dans des thèmes comme la cause des enfants sans identité et à l'exportation du savoir-faire français en matière de nouvelles technologies.

Le notariat est devenu universel. L'implication liminaire du notariat français au sein de l'Union européenne avec les vingt et un autres notariats membres du Conseil des notaires de l'Union européenne (CNUE) est aujourd'hui poursuivie par son engagement avec l'ensemble des notariats mondiaux auprès des institutions internationales.

De la mondialisation naissent des oppositions, notamment dans le domaine du droit. Le notariat mondial, par son éthique, par son caractère universel, par les valeurs du droit continental dont il est l'emblème, doit peser afin de réguler les échanges et porter les grandes idées des fondateurs de l'Europe.

CHAPITRE V Les sites utiles à l'international

1687 Outre le site intranet du Conseil supérieur du notariat, des sites intéressant la pratique notariale internationale ont été mis en place par la profession ou par les institutions elles-mêmes. Ils mettent à disposition de l'information, des outils de travail, des contacts utiles.

Site officiel de l'Union internationale du notariat	www.uinl.org
Site officiel du Conseil des notariats de l'Union européenne (CNUE)	www.cnue.eu.
Portail européen regroupant les informations sur les systèmes juridiques dans l'Union européenne	www.e-justice.europa.eu
Guide pratique pour l'application du règlement relatif au titre exécutoire européen	www.e-justice.europa.eu Atlas judiciaire européen en matière civile.
Les questions de successions en Europe	www.successions-europe.eu
Les questions de personnes vulnérables en Europe	www.vulnerable-adults-europe.eu
Les questions d'achat d'un bien immobilier en Europe	www.jachetemonlogement.eu
Le droit des couples en Europe	www.coupleseurope.eu
Bases de données législatives nationales des différents pays de l'UE	www.N-lex
La législation et la jurisprudence de l'UE	www.eur-lex.europa.eu
Consultation de la législation de l'UE	www.europa.eu

Trouver un notaire européen parlant la langue souhaitée	www.annuaire-des-notaires.fr
Point de contact par pays pour apporter des renseignements pratiques aux notaires pour les dossiers transfrontaliers	www.enn-rne.eu
EUFides, espace de travail collaboratif	www.eufides.eu
Justice Coopération Internationale (JCI)	www.gip-jci-justice.fr
Association des notaires des métropoles européennes (ANME)	www.paris.notaires.fr
Guide juridique des Français à l'étranger	www.notaires.fr Rubrique expatriation.
Site d'informations générales à destination des expatriés	www.notaires.fr/multimedia/document/guide_juridique_expatriation.pdf
Fiches pratiques sur l'inscription et la recherche d'un testament dans chaque pays de l'Union européenne	www.arert.eu
Centre notarial de droit européen	www.acenode.eu
Consultation des textes de la Conférence de La Haye	www.hcch.net/fr/instruments/conventions La rubrique « États présents » précise les États pour lesquels la convention est entrée en vigueur et ceux pour lesquels elle a fait l'objet d'une signature, d'une adhésion ou une approbation. Elle mentionne également les éventuelles réserves, déclarations, notifications ou communications faites par les États.
Consultation des conventions fiscales internationales	www.impots.gouv.fr/portail/les-conventions-internationales
Association du notariat francophone (ANF)	www.notariat-francophone.org
Institut international d'histoire du notariat (IIHN)	www.notaires.fr/fr/profession-notaire/institut-international-dhistoire-du-notariat-iihn
Fondation pour le droit continental	www.fondation-droitcontinental.org
Agence française pour le développement (AFD)	www.afd.fr
Les conventions de la Commission internationale de l'état civil (CIEC)	www.ciec1.org
Les instruments de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT)	www.unidroit.org
Base de données internationales intéressant le juge aux affaires familiales (JaFBase)	www.jafbase.fr

RÉDIGER : L'acte notarié français dans un contexte international

Président :
Jean-Christophe REGA
Notaire à Saint-Martin-Laguépie

Rapporteur :
Olivier LECOMTE
Notaire à Paris

INTRODUCTION GÉNÉRALE

L'internationalisation des échanges et des déplacements des personnes et des familles n'est pas un phénomène nouveau. Cependant, elle connaît ces dernières années une telle ampleur que le droit international privé cherche, fondamentalement, à satisfaire un besoin impérieux de sécurité juridique, si bien connu en droit interne (1). **2001**

De ce fait, l'acte notarié demeure le meilleur instrument qui garantit dans le domaine international, la sécurité juridique attendue, ce « besoin de tous les peuples » (2), valeur universelle et classique du droit (3), même si d'aucuns se sont interrogés sur son effet « mode » (4).

D'une part, la sécurité juridique assure la prévisibilité de la loi, la clarté et l'accessibilité de la norme, mais aussi et avant tout la stabilité des situations juridiques. Ce principe de sécurité juridique se retrouve également en droit de l'Union européenne, tant dans plusieurs règlements européens (5) que dans nombre de décisions émanant de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme (6).

D'autre part, l'institution du notariat de type latin est connue dans vingt-deux États membres de l'Union européenne ; elle est aujourd'hui implantée dans près de cent vingt pays. Le notariat de type latin représente au final un vecteur de sécurité juridique pour près des deux tiers de la population mondiale (7), ce qui fait indéniablement de l'acte notarié le meilleur instrument au service de la sécurité juridique dans un contexte international, malgré les différences de statuts, de fonctions, d'attributions des notariats selon les États (V. *infra* n° 2026. Ces notariats, parfois très différents les uns des autres, se trouvent en effet tous réunis par un tronc commun, l'authenticité, au service précisément de la sécurité juridique, fondement et raison d'être du notaire dans la société.

Cette constatation faite, il convient maintenant de s'interroger sur la définition de l'expression « à l'international ».

En effet, parler d'une chose sans pouvoir la définir, « c'est au fond parler sans savoir de quoi l'on parle » (8).

Que revêt finalement la notion de « contexte international » ? Pourquoi une procuration signée à l'étranger et devant produire ses effets en France (ou *vice versa*) relève-t-elle d'une situation « à l'international » ? De même, pour reprendre certains des exemples concrets

(1) 111e Congrès des notaires de France, Strasbourg, mai 2015, *La sécurité juridique, un défi authentique*, et spéc. 1re commission, *Sécurité authentique*.
(2) J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, PUF, coll. « Thémis droit privé », 27e éd. 2002, n° 16, p. 49.
(3) T. Gruel et C. Farenc, *La sécurité juridique, une valeur universelle : son histoire : JCP* N mai 2015, n° 18, 1143, n° 1.
(4) F. Pollaud-Dulian, *À propos de la sécurité juridique : RTD civ.* 2001, p. 503. – A. Cristau, *L'exigence de sécurité juridique : D.* 2002, p. 2814.
(5) Pour quelques exemples : Règl. n° 1259/2010, 20 déc. 2010, sur le choix de loi applicable par les parties en matière de divorce, art. 5. – Règl. n° 650/2012, 4 juill. 2012, sur le choix de la loi par le *de cujus* applicable à sa succession, art. 22.
(6) Rapport public du Conseil d'État 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Doc. fr., 2006, p. 229.
(7) Recensement des pays connaissant le notariat latin au 20 octobre 2016, site de l'Union internationale du notariat latin : www.uinl.org/fr/mission, consulté le 14 janv. 2018.
(8) A. Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie juridique*, Gallimard, coll. « Tel », 1981, p. 9, n° 1.

contenus dans l'ouvrage de Mme Mariel Revillard, et pour ne rien écarter de ses références magistrales qui ont guidé et qui guident encore les travaux du 115e Congrès des notaires de France, pourquoi relèvent de l'« international » les cas suivants : un « contrat de mariage entre une Espagnole et un Français, qui s'installent en Allemagne ; un changement de régime matrimonial entre deux époux japonais installés en France ; une vente amiable à La Baule par un mineur anglais ; une succession d'un Canadien ayant établi un trust testamentaire à New York » (9) ?

L'expression « contexte international » pourrait en quelque sorte regrouper toutes les situations sociales, de droit privé, dans lesquelles un élément d'extranéité doit être pris en compte pour l'application d'une règle de droit. Ce ou ces éléments d'extranéité pourraient notamment relever soit de la nationalité des personnes privées (physiques ou morales), de leur domicile, de la situation de leurs biens, ou bien permettraient encore la désignation d'une loi étrangère applicable à une situation nationale.

En d'autres termes, la notion de « contexte international » rejoindrait la définition du droit international privé proposée par Jacques Maury : « Le droit international privé ayant pour objet la réglementation de la vie sociale internationale, c'est essentiellement en fonction des besoins de celle-ci que, une fois sauvegardés les intérêts nationaux essentiels, mais seulement les intérêts essentiels, doivent être jugés les solutions proposées » (10). Pour d'autres, le droit international privé est « le droit spécial, applicable aux personnes privées impliquées dans des relations juridiques internationales » (11) ou encore, « le droit autonome, de chaque État, indépendant des sources internationales de normativité » (12).

Dans les développements qui vont suivre, la contribution de l'acte notarié à la sécurité juridique en matière de droit international privé sera démontrée, en s'interrogeant sur la place de l'acte notarié dans un contexte international (ses composantes, ses effets, ses conditions de circulation).

Le point de départ de la présente étude est le droit interne français. Cette méthode s'apparente à celle adoptée par le Comité français de droit international privé, qui prévoit comme objectif : « Se plaçant sur le plan national, préliminaire à toute action internationale, il [le Comité] espère contribuer à dégager à nouveau et petit à petit une véritable doctrine ou École française moderne du droit international privé »... (13).

Au moyen de cette méthode, la définition de l'acte notarié comme élément fondateur de la sécurité juridique en droit interne sera analysée et développée : l'acte notarié occupe en effet une « part irremplaçable dans la protection de nos concitoyens, dans la prospérité économique de notre pays, dans l'efficacité de notre système de droit en France et dans le monde car cet acte est aussi un choix de société » (14).

(9) M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 8e éd. 2014, p. 3, no 3.

(10) Cité par A. Ponsard *in Cinquante ans de travaux du Comité français de droit international privé*, Droit international privé, Travaux comité fr. DIP, hors série, 1988, Journée du cinquantenaire, p. 33.

(11) P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, LGDJ, 11e éd. 2014, p. 18, no 2.

(12) P. Kinsh, *Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit national et en droit européen*, in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruylant, 2017, p. 13, no 1.

(13) Dans un manifeste publié en tête du premier volume de ses travaux, il est encore indiqué : « Il [le Comité] veut une doctrine du droit international privé qui soit tout d'abord, et en premier lieu, française, c'est-à-dire essentiellement adaptée aux besoins de notre pays, mais qui recherche ensuite, et ensuite seulement, sans rien sacrifier de ses intérêts essentiels, à établir des communications multiples avec les doctrines étrangères... C'est dans la pleine et entière reconnaissance des droits légitimes de chaque État que le droit international privé puisera sa force principale » (cité par A. Ponsard, *op. cit.*, p. 28).

(14) Portail Real Intranet du notariat, Direction générale du Conseil supérieur du notariat, Les vœux du président du CSN et de son bureau, mise en ligne le 29 déc. 2017 : www.intra.notaires.fr.

La partie préliminaire traitera d'abord de la définition de l'acte notarié et de ses attributs dans le droit positif interne. Cette étape permettra ensuite de mieux cerner la définition de l'acte notarié selon le droit européen. Sera également analysé le statut européen du notaire que le droit de l'Union européenne élabore progressivement, au fil de la jurisprudence des cours, mais aussi des règlements.

Les développements qui suivront tenteront de démontrer toute l'utilité de l'acte authentique notarié sous l'angle international, de comprendre la place qu'il mérite de tenir dans la hiérarchie des normes internationales et de mieux cerner les mécanismes et méthodes nécessaires pour l'établir, le faire circuler, l'accepter et l'exécuter au-delà des frontières.

Pour ce faire, la méthodologie de la deuxième commission se veut foncièrement *pratico-pratique*, partant du principe simple de l'élaboration, la préparation et la rédaction d'un acte notarié que tous les notaires façonnent au quotidien, en donnant à chacun de ses éléments constitutifs une dimension internationale. Par cette méthode, seront explorées les différentes notions et développés les points de contrôle et de vigilance que le notaire doit avoir à l'esprit lorsqu'il confectionne un acte présentant un ou des éléments d'extranéité.

2002

Penser l'acte notarié dans un contexte international conduit à penser la régionalisation du monde selon une dualité devenue aujourd'hui bien réelle : l'acte notarié transfrontière sera préparé et rédigé au vu d'éléments d'extranéité qui peuvent provenir soit de l'Union européenne, soit d'une « région » autre. Cet acte notarié répondra à des conditions de circulation et d'acceptation différentes, selon qu'il devra circuler et être exécuté au sein de l'Union, ou hors de ses limites. Dans cette dernière hypothèse, seront analysées les subtilités et incidences des conventions internationales ou bilatérales signées par la France en matière d'état civil, de coopération judiciaire, civile, commerciale ou encore fiscale, afin de mieux définir la voie que doit suivre l'acte notarié dans cet entrelacs que constituent le droit européen, le droit des conventions internationales et le droit commun du droit international privé français.

Tels sont les sujets qui seront traités dans les trois premières parties des travaux de cette deuxième commission.

Mais l'acte notarié dans un contexte international impacte bien d'autres domaines que celui exclusivement limité à la technique rédactionnelle nécessaire à sa perfection et à son efficacité : le caractère international d'un dossier amène le notaire à développer des réflexes propres.

Comment prodiguer au client dans un contexte international les meilleurs conseils selon son profil : expatrié, ou en cours de l'être, non-résident, ou en cours d'impatriation ?

Pour ces différentes raisons, il est apparu nécessaire et naturel à la deuxième commission d'aborder dans les quatre dernières parties de ses travaux les aspects inhérents à une clientèle internationale : la protection sociale des expatriés, le traitement fiscal de leur rémunération, mais aussi la protection à l'international contre les événements de la vie qui peuvent impacter les non-résidents en général, et les clients expatriés en particulier ; une étude des trusts, de l'assurance vie et de la fiscalité à l'international viendront conclure ces travaux.

Le Notariat l'a bien compris depuis longtemps : il doit savoir et pouvoir tenir une place prégnante au sein des ordres juridiques mondiaux que se partagent la *common law* et la *civil law*.

Le 115e Congrès a été précisément pensé pour cela : aider les notaires de France à évoluer à l'international, y être présents de façon quotidienne, utile et efficace, voire indispensable pour les personnes, les familles, les différents acteurs et opérateurs internationaux qui les sollicitent.

Dans cette perspective, les travaux de la deuxième commission devraient servir à mieux cerner la place du notariat dans l'ordre juridique européen et international, à mieux comprendre l'utilité des actes notariés à l'international, les rendre plus efficaces, tout en ayant à l'esprit les enjeux sociaux, financiers, patrimoniaux et fiscaux au cœur du dossier international que le notaire est amené à instrumenter au sein de son office.

PARTIE PRÉLIMINAIRE

2003 – Propos introductifs. – La sécurité juridique attendue en droit international privé est organisée autour de règles définies tant par les conventions internationales que par le droit interne et, depuis le traité d'Amsterdam de 1999, par les règlements du Conseil de l'Europe. Ces instruments édifient progressivement dans le temps, au fil de leur adoption, les nouvelles règles de conflits pour l'Union européenne.

Cette organisation structurant le champ du droit international privé repose sur des instruments parmi lesquels l'acte authentique tient une place significative.

Pour autant, l'administration publique de droit privé dont relève l'acte authentique (15) organise de façon très hétérogène la matière : en effet, parmi les actes authentiques figurent non seulement les actes notariés – actes authentiques par excellence, comme le soulignent nombre d'auteurs (16) –, mais également les actes d'état civil, les transactions judiciaires, les procès-verbaux en tous genres, ou encore les décisions juridictionnelles et les sentences arbitrales, pour n'en citer que quelques-uns.

C'est ainsi que même si l'internationalisation des actes authentiques est un thème étudié depuis plusieurs décennies, la majorité des sujets ne concerne de façon quasi systématique que les décisions de justice et autres sentences relevant des conflits de compétence.

Le thème de l'acte notarié à l'international est un sujet beaucoup moins exposé aux études doctrinales, à telle enseigne qu'un auteur autorisé n'a relevé que dans deux ouvrages contemporains l'étude de la compétence internationale des autorités non juridictionnelles comme les notaires (17).

Compte tenu de la rareté des articles et publications concernant l'acte notarié étudié sous l'angle international, il est apparu intéressant de débuter les travaux en rappelant les attributs constitutifs de l'acte notarié en droit interne. Seront ensuite étudiés la définition de l'acte notarié selon le droit européen et le statut européen du notaire, tel que le droit de l'Union européenne l'élabore peu à peu.

(15) M. Goré, *L'acte authentique en droit international privé*, Travaux comité fr. DIP, 14e année 1998-2000-2001, p. 23-48.

(16) M. Goré, *op. cit.*, p. 23, qui cite V. Boileau : « Et déjà le notaire a, de son style énergique griffonné de ton joug l'instrument authentique », Satire X, v. 5 et 6.

(17) P. Callé, dans son article *Le notaire, les actes notariés et le droit international privé* (*in Mél. à la mémoire de P. Courbe*, Dalloz, 2012, p. 75 et s.), précise que : « Seuls l'ouvrage de P. Mayer et V. Heuzé (*Droit international privé*, Montchrestien, 10eéd. 2010) et celui de D. Bureau et H. Muir Watt (*Droit international privé*, PUF, 2e éd. 2010, t. 1 et 2) consacrent quelques développements à cette question » (note de bas de page no 2, *op. cit.*, p. 75).

TITRE I

L'acte authentique et l'institution de l'authenticité

CHAPITRE I Rappel historique sur l'acte authentique

2004 Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, l'acte notarié relève de la catégorie plus générale des actes authentiques, appartenant à la famille des actes publics, tels qu'ils sont qualifiés en droit international privé (18).

Les actes authentiques ont été conçus pour répondre aux besoins de la société humaine, dont les origines remontent à la culture juridique romaine (19). En effet, par cette institution que représente l'authenticité, la Rome antique a su développer une juridiction gracieuse, en même temps que le notariat public prenait son essor (20).

La théorie de l'acte authentique développée de manière approfondie à cette époque a permis d'organiser le besoin de constitution de preuve et de conservation des documents (relevant tous deux de la matière gracieuse dispensée jusqu'alors par les tabellions) par la délégation à un agent public de la faculté d'instrumenter les actes des particuliers, et de les revêtir d'un sceau public (un « sceau authentique ») (21), en dehors de tout contexte litigieux. Puis progressivement, par cette hiérarchie des preuves entre la conviction du juge qui tranche et le respect de la preuve légale constituée par l'acte public, la force probante et le caractère exécutoire de l'acte public parachevaient le système : l'administration de la juridiction gracieuse était née, et le notariat public en était son garant principal.

CHAPITRE II L'acte authentique en droit positif : définition et attributs

2005 L'examen des attributs traditionnels de l'acte authentique ne peut se concevoir sans au préalable rappeler la définition de l'acte authentique.

(18) P. Meyer et V. Heuzé, *Droit international privé*, LGDJ, 11e éd. 2014, p. 341, no 489.

(19) Il serait possible de faire remonter plus antérieurement encore les origines de notre profession (jusqu'à l'époque de l'Égypte ancienne et de ses scribes, ou même aux temps plus anciens encore des civilisations mésopotamiennes et de Babylone : J. Michot, *Origines du notariat*, Paris, 1878, t. I, p. 57, 132, 278 et s., cité par J.-F. Pillebout : *JCl. Notarial Formulaire*, V° *Notariat*, fasc. 10, nos 3 et 4), mais comme il faut bien positionner le « curseur » quelque part, il nous a semblé plus pertinent de le placer à l'époque romaine, période à partir de laquelle le notariat public connaît un véritable essor et dont l'évolution n'aura jamais cessé de croître et d'innerver les sociétés humaines encore aujourd'hui.

(20) L. Aynès (ss dir.), *L'authenticité*, Doc. fr., 2013, p. 35, no 17.

(21) *L'authenticité*, *op. cit.*, p. 35. L'auteur cite, pour une description plus complète ayant favorisé le développement de l'acte authentique, un article considéré comme magistral de F. Roumy, *Les origines canoniques de la notion moderne d'acte authentique ou public*, in *Der Einflus der Kanonistik auf die euroâische Rechstkeultur*, t. II, Öffentliches Recht, éd. F. Roumy, M. Schmoeckel et O. Condorelli, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2011 (Norm und Struktur, 37/2).

L'article 1369 du Code civil prévoit : « L'acte authentique est celui qui a été reçu, avec les solennités requises, par un officier public ayant compétence et qualité pour instrumenter. Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret fixé en Conseil d' État. Lorsqu'il est reçu par un notaire, il est dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi ».

Cet article ne donne pas une définition complète de l'acte authentique, mais seulement une définition organique (22).

En effet, ces précisions ne donnent que les contours de l'authentification, pas la définition de l'acte authentique en soi. Une définition fonctionnelle de l'acte authentique reste à poser.

C'est pourquoi certains auteurs proposent de définir l'acte authentique comme étant « un acte instrumentaire, dressé, vérifié, et conservé par l'autorité publique » (23), notion dont l'étude fait l'objet des développements qui suivent dans une première section, avant de revenir dans une seconde section sur les attributs traditionnels qui lui sont pleinement reconnus.

Section I Définition de l'acte authentique

2006 L'acte authentique est avant tout un écrit. L'écrit consiste, selon l'article 1365 du Code civil, en une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quel que soit leur support, qu'il soit papier ou électronique.

En effet, depuis la loi du 13 mars 2000 ayant consacré dans notre droit positif le principe de l'existence de la preuve électronique (24), l'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité (25).

Par ailleurs, la signature est nécessaire à la perfection d'un acte juridique pour identifier son auteur, et quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte (26).

L'authenticité inhérente à l'acte notarié résultera en outre du respect par le notaire, lors de la rédaction et de la réception de son acte, d'un certain nombre d'exigences de forme et de fond. Celles-ci sont définies notamment par les dispositions du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971.

2007 Cette notion d'*authenticité,* qui est au cœur des systèmes de droit civil, n'est pas aisée à définir ni à expliquer, bien que séculaire.

C'est pour cette raison que certains auteurs font appel à l'étymologie pour la cerner, lorsque d'autres s'interrogent sur le lien étroit unissant le notaire et l'acte qu'il dresse, la force de cet acte reposant sur la compréhension directe que le notaire a de la volonté des parties.

Bien que pertinentes, ces méthodes ne permettent malheureusement pas de donner avec clarté et précision une définition générale, pleinement fonctionnelle, de l'acte authentique.

(22) P. Murat, *L'acte notarié : rédaction et réception. Rapport de synthèse : JCP* N 27 janv. 2012, n° 4, art. 1062, n° 3.
(23) L. Aynès (ss dir.), *L'authenticité,* Doc. fr., 2013, p. 82, n° 55.
(24) V. Castet-Renard : *Defrénois* 2006, 1529 (*formalisme du contrat électronique*).
(25) C. civ., art. 1366, issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, entrée en vigueur le 1er oct. 2016.
(26) C. civ., art. 1367, al. 2.

C'est pour cela qu'il convient, pour la suite des développements, de reprendre la définition de l'acte authentique élaborée par la commission présidée par le professeur Laurent Aynès, savoir : est authentique *un acte instrumentaire, dressé, vérifié et conservé par l'autorité publique* (27). Cette définition, qui décrit les modalités de fonctionnement et d'élaboration de l'acte, est en effet complémentaire à la définition organique de l'article 1369 du Code civil.

C'est dans cet ordre qu'il sera tenté d'analyser, élément par élément, chacune des caractéristiques de cette définition.

§ I Acte instrumentaire

2008 Un acte authentique est un acte instrumentaire. Afin de bien comprendre cette expression, il paraît utile de revenir sur les différentes significations que recouvre le terme « acte », en matière notariale.

Ce terme peut en effet être utilisé pour exprimer la manifestation de la volonté d'une personne (dans le cas du testament par exemple) ou de plusieurs (le contrat par exemple), dont les effets en droit sont attendus : il est alors question du *negotium*.

Mais le même terme « acte » peut également signifier un écrit qui constate la manifestation de cette volonté exprimée : il correspond alors à l'*instrumentum*, dont les critères de solennité, lorsqu'ils sont remplis, confèrent l'authenticité à l'acte.

C'est précisément pour cette raison que l'authenticité ne touche que la forme de l'acte (l'*instrumentum*) sans affecter directement sa substance (le *negotium*) (28).

L'acte authentique est donc instrumentaire en ce sens que l'authenticité sera conférée à l'écrit qui en est le véhicule.

Pour autant, le caractère instrumentaire de l'acte n'est pas suffisant en soi : il doit encore être dressé en tant qu'instrument revêtu de l'authenticité.

§ II Acte dressé

2009 Ainsi qu'il a été dit précédemment (V. *supra*, n° 2006), l'acte authentique est avant tout un écrit, qu'il soit sur support papier ou électronique.

Mais cet acte doit être dressé avec les solennités requises par un officier public compétent. Autrement dit, le rapport entre l'homme et l'acte qu'il dresse est au centre de l'authenticité (29).

Ainsi la signature est nécessaire à la perfection d'un acte juridique pour identifier son auteur, et quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte (30).

La personne de l'officier public qui dresse, vérifie, reçoit et conserve l'acte authentique fait l'objet de développements ci-après, auxquels il peut être ici renvoyé (V. *infra*, n^os^ 2012 et 2016).

Après avoir été dressé, pour être authentique, l'acte doit en outre être vérifié et conservé par l'autorité publique.

(27) L. Aynès, *L'authenticité*, *op. cit.*, p. 82, n° 55.
(28) *Ibid.*
(29) P. Murat, *op. cit.*, n° 3
(30) C. civ., art. 1367, al. 2.

§ III Acte vérifié

2010 En vue de l'élaboration de son acte, l'officier public procède nécessairement aux investigations nécessaires qui assureront une parfaite efficacité à l'acte qu'il dresse.

Ce devoir de vérification s'étend non seulement au contrôle d'identité des clients se présentant à lui et résultant des dispositions de l'article 5 du décret du 26 novembre 1971 (31), mais également à d'autres considérations comme l'origine de propriété du vendeur (32), ou encore les charges (servitudes (33), conditions d'urbanisme (34) par exemple) pouvant grever le bien objet de l'acte (35).

En d'autres termes, le devoir de vérification tant matérielle des faits que de la légalité de l'acte est consubstantiel à l'authentification. Ce devoir de contrôle et de vérification, avec le devoir de conseil, participent ensemble à l'application du principe d'efficacité de l'acte authentique que tout client doit attendre du notaire.

Cette efficacité que l'État attend de voir dans les actes du notaire qu'il a nommé va au-delà de ce que peut demander le client dans les conséquences prévisibles qu'il peut légitimement attendre de l'acte dressé et vérifié, car le notaire, en instrumentant l'acte qu'il reçoit, engage sa responsabilité civile professionnelle du fait de son statut (36).

Fonder la responsabilité de l'officier public sous un angle délictuel – ou plutôt extracontractuel – de l'article 1240 du Code civil, selon la nouvelle nomenclature depuis la réforme des contrats en vigueur au 1er octobre 2016 (37) participe à une grande effectivité du principe de sécurité juridique : par ce moyen, en aucun cas la responsabilité du notaire fautif d'un manquement professionnel avec un lien de causalité avérée ne peut être exonérée contractuellement. Le notaire ne peut pas s'affranchir des obligations que l'État et la profession choisissent de lui imposer.

« Ainsi, et seulement ainsi, toutes ces normes légales et statutaires prennent du poids, de la valeur, de la densité et rejaillissent sur l'acte authentique, réelle source de sécurité juridique, tant pour l'État que pour le citoyen client » (38).

L'acte instrumentaire, dressé et vérifié, doit en outre être conservé par l'officier qui le dresse.

(31) D. nº 71-941, 26 nov. 1971, art. 5, al. 1er : « L'identité, l'état et le domicile des parties, s'ils ne sont pas connus du notaire, sont établis par la production de tous documents justificatifs ».

(32) L'obligation d'investigation comprend notamment celle de vérifier que le vendeur est bien propriétaire du bien objet de la vente : Cass. 1re civ., 13 nov. 1991 : *Bull. civ.* 1991, I, nº 310 ; *Defrénois* 1992, art. 35212, nº 17, obs. J.-L. Aubert.

(33) Cass. 1re civ., 23 nov. 1999 : *Bull. civ.* 1999, I, nº 320 ; *Defrénois* 2000, art. 37104, nº 14, J.-L. Aubert : « Une cour d'appel a pu, sans méconnaître l'article 1382 du Code civil, estimer que la faute du vendeur qui avait omis de signaler une servitude grevant le bien vendu était entièrement "absorbée" par celle du notaire, qui n'avait pas vérifié la situation de l'immeuble, de sorte qu'il n'y avait pas lieu d'opérer un partage de responsabilité ».

(34) Cass. 1re civ., 12 juin 1990 : *Bull. civ.* 1990, I, nº 160 ; *Defrénois* 1991, art. 34987, nº 17, note J.-L. Aubert : « Il appartient au notaire, rédacteur de l'acte de vente d'un terrain, d'éclairer ses clients sur les conséquences du caractère inconstructible de celui-ci et sur l'inefficacité de l'acte de vente au regard du but poursuivi par les acquéreurs ».

(35) Pour de nombreuses autres illustrations : V. J.-L. Aubert, *La responsabilité civile des notaires*, Defrénois, 5e éd. 2008, p. 95 et 96, nº 79 ; Travaux du 111e Congrès des notaires de France, *La sécurité juridique, un défi authentique*, Strasbourg, 2015, et spéc. 1re commission, p. 123, nos 1250 et s.

(36) 111e Congrès des notaires de France, *op. cit.*, nº 1248.

(37) Anciennement art. 1382, dont la terminologie a été reprise à l'identique sous le nouvel article 1240.

(38) 111e Congrès des notaires de France, *op. cit.*, nº 1248.

§ IV Acte conservé

2011 Si l'obligation pour les notaires de conserver les minutes qu'ils dressent est inscrite dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 (V. *infra*, n° 2012) définissant le statut des notaires, c'est parce que la conservation participe à la préservation des preuves, et au renforcement de la sécurité juridique.

La conservation est même considérée comme « un atout majeur de l'acte authentique par rapport aux actes sous seing privé qui sont à la merci d'une disparition ou d'une destruction matérielle » (39). Elle relève d'une mission impérative du notaire, qui reste tenu de les conserver et de ne s'en dessaisir qu'exceptionnellement et dans les cas exclusivement prévus par la loi et en vertu d'un jugement (40).

Cette obligation est à ce point essentielle qu'une circulaire du ministère de la Justice du 10 février 1888 précise que les notaires « sont les dépositaires légaux des titres des citoyens. Ils doivent veiller sur ce dépôt avec le plus grand soin, conserver leurs minutes chez eux, dans la maison même où ils ont leur étude, et ne négliger aucune précaution pour les mettre à l'abri des risques d'incendie, d'inondation, d'humidité et de destruction de toute sorte » (41). Elle est en outre si ancienne que l'absolue nécessité de procéder à la conservation et à la préservation des minutes a été à l'origine de la création des panonceaux des notaires de France.

L'identification des offices notariaux remonte en effet au Moyen Âge, et résulte d'une pratique à l'origine des notaires du Châtelet qui avaient décidé, pour le cas où un incendie dans le quartier venait à se propager, de signaler les maisons où se trouvait un office notarial, afin qu'en toute priorité les moyens pour éteindre l'incendie y soient déployés (42).

Il existe toutefois quelques exceptions à cette obligation de conservation, comme par exemple les actes délivrés en brevet (peu nombreux).

Cet acte instrumentaire, dressé, vérifié et conservé, doit l'être par une autorité publique.

§ V Par l'autorité publique

2012 Selon l'article 1er de l'ordonnance du 2 novembre 1945 : « Les notaires sont les officiers publics, établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions » (43).

(39) L. Aynès, *L'authenticité*, *op. cit.*, p. 98, n° 67.

(40) D. n° 71-941, 26 nov. 1971, art. 27 : « Les notaires ne peuvent se dessaisir d'aucune minute, sauf dans les cas prévus par la loi et en vertu d'un jugement. Avant de s'en dessaisir, ils en dressent et signent une copie sur support papier sur laquelle il est fait mention de sa conformité à l'original par le président du tribunal de grande instance du lieu de leur établissement ou par une personne déléguée par lui à cet effet ».

(41) Circulaire visée par D. Montoux : *JCl. Notarial Formulaire*, V° *Acte notarié, Garde et conservation des minutes*, fasc. 60, p. 3, n° 6 ; des recherches sur internet ont permis de retrouver de façon plus détaillée la trace de cette circulaire sur le site des avocats, faisant la promotion de l'acte contresigné par acte d'avocat, et incitant à s'inspirer du notariat pour assurer une valeur ajoutée à leur activité en procédant à la conservation de leurs actes sous seing privé contresignés par avocat.

(42) Lettres patentes de Charles VI du mois d'avril 1411, K. Veysset, *Panonceaux et enseignes du notariat*, 1971, p. 52 et s., éd. Institut international d'histoire du notariat, 1979.

(43) Rappelons-nous que ce texte n'a fait que reprendre, à un mot près, la définition du notaire contenue dans l'article 1er de la loi du 25 ventôse an XI relative à l'organisation du notariat, qui disposait que : « Les notaires sont les fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent donner le caractère d'authenticité attachée aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions ».

Par ailleurs, en vertu de l'article 1369 du Code civil : « L'acte authentique est celui qui a été reçu, avec les solennités requises, par un officier public ayant compétence et qualité pour instrumenter ».

Ces deux textes ne visent que l'officier public et non l'officier ministériel. La différence entre ces deux notions, selon la doctrine, réside dans le fait que l'officier ministériel est « titulaire d'un office, c'est-à-dire une charge patrimoniale concédée par l'État afin d'exercer ses fonctions » (44), lorsque le notaire, officier public, a reçu en outre le pouvoir de conférer l'authenticité (45). Plus finement, l'officier public a « spécifiquement pour fonction de dresser des actes publics ayant force authentique. Certains officiers ministériels sont en même temps officiers publics : par exemple les notaires et les huissiers de justice (pour cette raison, on les appelle souvent officiers ministériels et publics). Mais, en sens inverse, certains officiers publics (comme par exemple le maire qui dresse les actes de l'état civil ou encore le greffier des tribunaux de grande instance) ne sont pas des officiers ministériels » (46).

2013 Par ailleurs, ainsi qu'il sera dit plus loin (V. *infra*, n° 2016), les conditions strictes d'accès à la profession, la probité du notaire ainsi que la déontologie rigoureuse à laquelle il est tenu renforcent les allégations qu'il est amené à indiquer dans son acte qui ne peut être contesté que par l'introduction d'une action judiciaire en faux en écriture publique.

Il suffit pour s'en convaincre de reprendre les sanctions encourues par le notaire indélicat, qui relèvent des dispositions du Code pénal organisant les peines en matière de crime indiquées ci-après (V. *infra*, n° 2020).

Même s'il a su évoluer en devenant numérique, ou plutôt électronique (V. *supra*, n° 2006), l'acte notarié – l'*instrumentum* – restera au cœur de l'authenticité tant qu'il proviendra de l'autorité publique conférée au notaire par l'État qui l'a nommé, et ajoutera à l'acte de volonté privée – le *negotium* – cette force de l'acte public qui se soutient par lui-même, et résiste au temps et à la contestation (47).

2014 Ces précisions données, les attributs traditionnels de l'acte notarié peuvent maintenant être rappelés. Ces attributs que sont la date certaine, la force probante et la force exécutoire ont fait l'objet d'une déconstruction magistrale par un auteur particulièrement autorisé, dans le seul but de mettre en évidence cette idée-force que le notariat, par l'authenticité qu'il confère aux actes, constitue une juridiction non contentieuse, volontaire, dans laquelle se fondent l'autorité du jugement et celle de l'acte authentique notarié (48), notions essentielles sur lesquelles il faudra revenir sous l'angle européen (V. *infra*, n° 2026). Mais il convient d'abord d'étudier les attributs traditionnels.

Section II Attributs de l'acte authentique

§ I Date certaine

2015 Afin de remplir ses fonctions de sécurité juridique, avant toute chose, l'acte notarié va conférer de façon définitive la date à laquelle il aura été passé. La date étant essentielle pour assurer sans contestation possible la passation de l'acte, l'article 6 du décret précité prévoit

(44) *L'authenticité, op. cit.* p. 51, n° 29.
(45) *Ibid.*, n° 29.
(46) R. Perrot, *Institutions judiciaires*, Montchrestien, coll. « Domat », 13e éd. 2008, n° 452, p. 353.
(47) L. Aynès, *L'authenticité : Dr. et patrimoine* 1er janv. 2010, n° 188, p. 2.
(48) *Ibid.*

que l'acte doit mentionner notamment la date à laquelle est apposée chaque signature et l'article 8, alinéa 2 impose que soit énoncée la date à laquelle l'acte est signé par le notaire.

La date ayant le caractère de *date certaine*, elle ne pourra plus être contredite, sauf à intenter une procédure en inscription de faux contre le notaire instrumentaire (49).

Pour autant, si le défaut de mention de la date de passation de l'acte entraîne sa nullité en tant qu'acte authentique, il conserve cependant sa validité en tant qu'acte sous seing privé (50), sauf naturellement à voir la responsabilité de l'officier public engagée en cas de préjudice constaté (51).

2016 Si la date de l'acte authentique est à ce point certaine, cela est dû exclusivement à la qualité de l'officier public qui instrumente. Les conditions strictes d'accès à la profession, la notoriété du notaire instrumentaire, sa probité, mais encore les obligations professionnelles qu'il a juré solennellement de respecter, sa formation rigoureuse, assurent une fiabilité au témoignage ainsi apporté par lui tellement forte, que le seul moyen de venir contester la date de passation sera d'engager une procédure de faux en écriture publique.

À cet égard, certains auteurs ont pu écrire : « Ce faisceau étroit de devoirs imposés aux officiers publics, ainsi que la gravité des sanctions applicables s'ils les transgressent, mettent la sincérité de leurs déclarations à l'abri de tout soupçon, contrairement aux actes élaborés par de simples particuliers dont la force probante est logiquement moindre. La raison en est, résumait Esmain, qu'on peut faire une confiance plus grande à un officier public, tantôt choisi et contrôlé par les pouvoirs publics, tantôt au moins contrôlé par eux dans l'exercice de ses fonctions » (52).

Le statut de « témoin privilégié » (53) du notaire (ce qu'il écrit avoir vu ou fait, dans le cadre de son activité, est réputé vrai), ainsi que ses fonctions plus étendues, d'acteur (54), permettent à l'acte qu'il instrumente, élabore, rédige et reçoit de bénéficier de la force probante qui lui est attachée.

§ II Force probante

2017 La force probante, inhérente à l'acte authentique du notaire, est constituée de trois éléments : la pleine foi que l'acte renferme, les effets qu'il produit à l'égard des parties et ceux qu'il produit à l'égard des tiers.

A/ Objet de la pleine foi

2018 La pleine foi de l'acte authentique remonte à l'origine de l'organisation du notariat ; elle est prévue à l'article 19 de la loi du 25 ventôse an IX : « Tous les actes notariés feront foi en Justice ».

Elle est aujourd'hui expressément visée dans les dispositions de l'article 1371 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 qui prévoit dans son premier alinéa que : « L'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux de ce que l'officier public dit avoir personnellement accompli ou constaté ».

Ce rôle de témoin privilégié et d'acteur dont il est parlé *supra* donne pleine foi aux faits énoncés dans l'acte comme accomplis par le notaire, ou s'étant passés en sa présence dans

(49) J.-L. Aubert, *La responsabilité civile des notaires*, Defrénois, 5e éd. 2008, par R. Crône, p. 79, nº 69.
(50) D. nº 71-941, 26 nov. 1971, art. 41.
(51) J.-L. Aubert, *op. cit.*, p. 79, nº 69.
(52) *L'authenticité*, *op. cit.* p. 105-106, nº 78.
(53) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, spéc. 90.
(54) J.-F. Sagaut et M. Latina, *Déontologie notariale*, Defrénois, 2e éd. 2014, p. 35, note 93 ss nº 77.

l'exercice de ses fonctions. C'est ainsi que l'indication d'un paiement à la vue du notaire emporte pleine foi (55) jusqu'à inscription en faux, ou qu'il est impossible d'ordonner judiciairement, même avant une procédure d'inscription en faux, une expertise *in futurum* d'une signature sur une procuration notariée dans le but de mettre en cause la force probante d'un acte authentique (56).

Par la pleine foi qu'il renferme en son sein, l'acte authentique a force probante, non seulement à l'égard des parties, mais également à l'égard des tiers, ainsi qu'il sera possible de le constater à la lumière des développements qui suivent.

B/ Effets de la pleine foi à l'égard des parties et des tiers

I/ À l'égard des parties

2019 La force probante à l'égard des parties résulte de façon générale de l'effet relatif des contrats, édicté dans son principe à l'article 1199 du Code civil (issu de l'ordonnance du 10 février 2016, entrée en vigueur le 1er octobre suivant) : « Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties ».

Par principe, « tous les contrats formés ont force obligatoire, ils sont irrévocables, et procurent en tant que tels une sécurité suffisante à leurs parties » (57).

Dans la mesure où il n'est pas question ici de développer cette notion largement analysée, et fouillée dans nombre de manuels de droit civil, il convient d'évoquer la force probante à l'égard des tiers.

II/ À l'égard des tiers

2020 La force probante à l'égard des tiers repose sur la sécurité apportée par le statut du notaire, officier public, déjà évoqué *supra*, n° 2013.

Pour reprendre un auteur (58) : « Le témoignage de l'officier public dans l'exercice de ses fonctions jouit d'une forte présomption de sincérité. Cette présomption repose sur les garanties que présentent le caractère et la position de l'Officier, les conditions de son recrutement et sur la pénalité redoutable, les travaux forcés à perpétuité, dont le menacent, au cas de prévarication, les articles 145 et 146 du Code pénal ».

Si aujourd'hui les articles 145 et 146 du Code pénal ont été abrogés par une loi de 1992, ils ont été remplacés par l'article 441-4 du Code pénal (59) qui prévoit quinze ans de réclusion criminelle et 225 000 € d'amende pour le notaire malveillant.

2021 La date certaine et la force probante évoquées, il convient de terminer ce bref rappel des attributs de l'acte notarié en évoquant sa force exécutoire.

(55) Cass. 1re civ., 2 mai 1964 : *JCP* 1964, II, 13758, note R.L.
(56) Cass. 1re civ., 11 juin 2003 : *RTD civ.* 2003, 501, obs. Mestre et Farges et 5039, obs. Normand.
(57) D. Coiffard, *Authenticité et force exécutoire, L'arbre et le fruit : JCP* N 9 févr. 2018, n° 6, 1096, p. 21, n° 5.
(58) Ch. Jouhet, *De la nature, des variétés et du rôle de l'acte authentique en droit privé français*, thèse Faculté de droit Université de Bordeaux, 1930.
(59) C. pén., art. 441-4 : « Le faux commis dans une écriture publique ou authentique ou dans un enregistrement ordonné par l'autorité publique est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.
L'usage de faux mentionné à l'alinéa qui précède est puni des mêmes peines.
Les peines sont portées à quinze ans de réclusion criminelle et à 225 000 euros d'amende lorsque le faux ou l'usage de faux est commis par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public agissant dans l'exercice de ses fonctions ou de sa mission ».

§ III Force exécutoire

2022 La force exécutoire est la conséquence de la force probante : « C'est parce que l'obligation qu'il constate est tenue pour certaine, que l'on peut passer immédiatement à exécution » (60).

Elle est « inséparable de la force probante ; elle est l'un des points communs fondamentaux entre l'acte notarié et le jugement, et marque l'origine historique judiciaire du notaire comme juge de l'amiable » (61).

D'ailleurs cette force exécutoire à l'égard des tiers permet une rapidité d'exécution inégalée dans le droit de l'exécution, puisque le créancier qui dispose d'une copie authentique revêtue de la formule exécutoire (la formule notariée étant identique à celle utilisée par les tribunaux) « n'a pas besoin d'obtenir un jugement de condamnation pour requérir les services d'un huissier de justice. Il pourra donc directement faire procéder à une saisie immobilière, à une saisie-attribution, ou à une saisie-vente » (62).

Par ailleurs, la force exécutoire de l'acte se manifeste par l'apposition en fin d'acte de la formule exécutoire. Cette formule est la même pour l'ensemble des actes, qu'un auteur a su expliquer dans ces termes : « La formule exécutoire est conçue comme un ordre, une injonction adressée par la République – agissant par l'intermédiaire du juge ou du notaire – et à destination des huissiers, des procureurs et greffiers et des officiers de police et de gendarmerie. La formule exécutoire, et donc la force exécutoire, est ainsi indissociable de l'autorité et de la délégation de la puissance publique » (63).

Par ailleurs, si l'acte notarié peut être mis à exécution, c'est précisément « parce que la force probante qui s'attache à ses énonciations permet d'établir la réalité – et la légalité – de l'engagement qui y est relaté. Il est inutile de prouver judiciairement que le débiteur est engagé et que la dette existe, puisque cette preuve est préconstituée par un titre dont la confection est faite au nom de la République française, entourée de garanties maximales, et dont l'original est conservé aux fins d'éventuelles vérifications » (64).

2023 Toutefois, pour qu'il puisse avoir force exécutoire, il faut naturellement que l'acte notarié contienne et constate en son sein une obligation, et que cette obligation de surcroît soit certaine, liquide et exigible (65), faute de quoi il ne pourra y avoir force exécutoire.

En d'autres termes, il existe des actes notariés qui ne seront jamais exécutoires, par exemple tous les actes ne constatant pas d'obligation, mais surtout et plus particulièrement, tous les actes dressés en brevet (66).

2024 En effet, le lien établi entre force probante et force exécutoire n'a rien d'absolu, surtout en droit international privé.

En cette matière, il est peut-être plus qu'ailleurs nécessaire de distinguer ce qui dans l'acte relève du *negotium* ou de l'*instrumentum*, dans la mesure où « la diversité des ordres juridiques dresse différents obstacles à la circulation des actes et à leur efficacité internationale » (67). Cette dissociation permettra plus facilement la circulation et l'acceptation des actes notariés à l'international (V. *infra*, nos 2380 et s.).

(60) M. Grimaldi et B. Reynis, *L'acte authentique électronique*, Defrénois, 2003, art. 37798.
(61) D. Coiffard, *Authenticité et force exécutoire, L'arbre et le fruit : JCP* N 9 févr. 2018, no 6, 1096, p. 21, no 1.
(62) J.-F. Sagaut et M. Latina, *op. cit.*, p. 36, no 80.
(63) D. Coiffard, art. préc., no 20.
(64) D. Coiffard, art. préc., no 28.
(65) D. Montoux : *JCl. Notarial Formulaire*, Vo *Acte Notarié*, fasc. 16, no 114.
(66) D. Montoux, *op. cit.*, no 112. – L. Aynès (ss dir.), *L'authenticité*, *op. cit.*, p. 114, no 87.
(67) M. Goré, *L'acte notarié, instrument de l'exécution forcée : LPA* 11 août 1997, no 96, p. 6.

2025 La définition de l'acte notarié ainsi que les caractéristiques du statut du notaire selon notre droit interne devaient être rappelés pour les développements qui suivent. Ce rappel effectué permettra de mieux cerner les enjeux européens tant pour le Notariat que pour l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union.

L'Union cherche en effet à élaborer, par le droit européen, une construction – laborieuse mais progressive – d'un statut européen qui sera reconnu au notaire, après avoir déjà œuvré pour reconnaître et définir son acte authentique.

TITRE II

Le statut du notaire et de l'acte authentique notarié selon le droit européen

CHAPITRE I Le notaire et l'acte notarié selon le droit de l'Union européenne

2026 Le notariat latin est une institution qui œuvre à la préservation et au développement de la sécurité juridique dans vingt-deux États membres (68) sur les vingt-sept que compte l'Union européenne.

Pourtant, ces vingt-deux États membres n'ont pas la même acception du métier, compte tenu de la diversité de leurs systèmes, des statuts et de la nature de l'activité de leurs notaires (69).

Cette diversité n'est pas seulement constatée dans l'approche que chacun des États peut avoir de la fonction notariale. Elle se retrouve également dans la signification et la compréhension des règles relatives à l'authenticité, ou l'authentification, qui diffèrent aussi selon les systèmes juridiques (70).

Cependant, la raison d'être de cette fonction notariale, dans tous ces États, part d'un socle commun : l'utilité sociale de l'authenticité. Parce que nommé par l'autorité publique (ainsi qu'il a été développé *supra*, n° 2012), le notaire est un officier public, administrateur – par

(68) Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Croatie, Espagne, Estonie, France, Grèce, Hongrie, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Slovaquie, Slovénie.

(69) Le notaire est un fonctionnaire au Portugal, lorsqu'il est un officier public exerçant dans un cadre libéral en France ou en Belgique ; il peut être notaire et avocat en Allemagne, ou encore être dans un modèle d'organisation concurrentiel, comme le notaire néerlandais : Assemblée de liaison, 66e session, rapport 2015, *Les notaires à la conquête de l'Europe*, 1re partie, *La place du notaire en Europe* ; V. égal. note suivante.

(70) B. Reynis, *La conception du rôle du notaire dans les pays de l'Union européenne : LPA* 20 avr. 1998, n° 47, p. 5 et s. Pour une définition des notaires en Allemagne, en Espagne, aux Pays-Bas ou en Italie : V. B. Reynis, *Un modèle pour l'Europe, La personne du notaire : JCP* N 10 mars 2017, n° 10, 1125. Pour une étude comparative et détaillée des notariats belge, français, luxembourgeois, autrichien, allemand et grec, V. concl. av. gén. Pedro Cruz Villalòn présentées le 14 septembre 2011 pour les affaires C-47/08, *Commission* c/ *Belgique* ; C-50/08, *Commission* c/ *France* ; C-51/08, *Commission* c/ *Luxembourg* ; C-53/08, *Commission* c/ *Autriche* ; C-54/08, *Commission* c/ *Allemagne* ; C-61/08, *Commission* c/ *Grèce* (www.curia.europa.eu, consulté le 4 janv. 2018 ; V. *infra*, n° 2030).

excellence – d'une justice préventive dont il est au service, au moyen de l'authenticité qu'il confère aux actes qu'il rédige et qu'il reçoit.

De cette diversité qui fonde la richesse de l'Union européenne, énoncée en principe général dans le droit primaire du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (71), se dégage une force nouvelle et grandissante, un mouvement de fond provenant non seulement des règlements européens mais aussi des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne, érigeant le besoin d'ordonnancer enfin l'activité notariale et avec elle son essence, l'authenticité, en une norme juridique européenne, reconnue de tous.

2027 Le notaire assume depuis bien longtemps cette mission de service public que le droit européen lui reconnaît progressivement, en dessinant les contours de cette mission, au fil des décisions de justice et des règlements européens.

Section I Vers une reconnaissance du service public notarial dans l'Union européenne ?

2028 La recherche d'une définition par le droit européen de l'acte notarié ainsi que la délimitation du périmètre de la fonction notariale ne sont pas aisées, ainsi qu'il sera démontré dans le développement qui suit.

C'est pourquoi, à titre liminaire, la notion de service public notarial, bien connue des notaires de France, sera abordée au regard de l'analyse que peut en faire le Conseil des notariats de l'Union européenne (CNUE), au vu notamment du Code européen de déontologie notariale, adopté par son assemblée générale le 11 décembre 2009.

Ce document, qui n'a évidemment pas vocation à « se substituer aux règles déontologiques nationales, affirme les traits communs à la profession, quel que soit le pays concerné. Le Code européen de déontologie notariale témoigne de la volonté de la profession de garantir aux citoyens et aux entreprises une même protection, une même sécurité juridique et une même efficacité tant dans les opérations transfrontalières que dans les opérations nationales » (72), il donne une définition européenne du notaire comme suit :

« Le notaire est l'officier public ayant reçu délégation de l'autorité de l'État pour conférer le caractère d'authenticité aux actes dont il est l'auteur, tout en assurant la conservation, la force probante, et la force exécutoire desdits actes.

Afin d'assurer à son activité l'indépendance nécessaire, le notaire l'exerce dans le cadre d'une profession libérale qui couvre toutes les activités juridiques hors contentieux.

Tant par les conseils qu'il donne aux parties de manière impartiale, mais active, que par la rédaction du document authentique qui en résultera, son intervention confère à l'usager du droit la sécurité juridique qu'il recherche.

Celle-ci est d'autant mieux assurée que le notaire est un juriste de haute qualification universitaire, ayant accédé à la profession après diverses épreuves, stages et concours et qu'il exerce celle-ci en suivant des règles disciplinaires strictes sous le contrôle permanent de l'autorité publique et grâce à une implantation géographique permettant le recours à ses services sur tout le territoire national.

(71) TFUE, art. 67, § 1 : « L'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres ».

(72) Préambule du Code européen de déontologie notariale révisé au 11 décembre 2009, site du CNUE.

Enfin, l'intervention du notaire, en prévenant les litiges possibles, en fait un rouage indispensable dans l'administration d'une bonne justice » (73).

Pour le Conseil des notariats de l'Union européenne, il est une certitude : le notaire, par son office, assure sans équivoque un service public notarial européen.

Une question se pose alors, à laquelle les développements qui suivent vont tenter de répondre : le droit de l'Union européenne converge-t-il avec cette vision du notaire, de son statut, et de ses actes ?

§ I Évolution de la question du statut du notaire et de l'acte notarié selon le droit de l'Union européenne

A/ Le marqueur des arrêts du 24 mai 2011 sur la question

I/ Rappel du contexte juridico-politique

2029 Le statut du notariat est une question délicate à analyser en droit de l'Union européenne.

Les deux socles fondamentaux de l'Union – marché (intérieur) et espace (de liberté, de sécurité et de justice) – sont difficiles à harmoniser lorsque le prisme servant à l'analyse n'est pas orienté vers une vision traditionnelle d'un droit continental, dans lequel le notariat, sa fonction, son statut, ont naturellement toute leur place dans l'administration d'une justice préventive, volontaire, mais plutôt vers une vision bien fortement influencée par une philosophie juridico-économique issue de la culture anglo-saxonne.

Cette dernière vision a pu convaincre les membres de la Commission européenne et leurs fonctionnaires en parcourant toute une littérature économique de la mouvance de l'École de Chicago (74).

II/ Arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne du 24 mai 2011

2030 Imprégnée de cette conception anglo-saxonne, la Commission considérant le notariat non pas selon sa fonction, mais selon ses activités, a intenté des recours contre la Belgique, la France, Le Grand-Duché du Luxembourg, l'Autriche, l'Allemagne et la Grèce simultanément pour manquement à la liberté d'établissement eu égard aux règles de nationalité alors édictées dans ces États membres (75).

Ces actions judiciaires intentées simultanément ont eu pour mérite de voir la Cour de justice rendre le même jour tous les arrêts, posant ainsi un socle de raisonnement illustrant la vision des hauts magistrats, et témoignant de leur habileté à tenter de démontrer que même si les activités notariales poursuivent des objectifs d'intérêt général, elles ne participent pas à l'exercice de l'autorité publique (76).

(73) *Ibid.*
(74) C. Nourissat, *Accès aux professions réglementées dans l'Union européenne : JCP* N 29 nov. 2013, n° 48, 1153.
(75) V. note, *supra*. Pour un aperçu de la genèse de ces affaires : trois articles de C. Nourissat, *Avis motivé sur la condition de nationalité des notaires : une tempête dans un verre d'eau ? : JCP* N 2006, n° 45, 1347 ; *Nouveau recours en manquement engagé par la Commission à propos de la condition de nationalité du notaire : quelques brèves réflexions : JCP* N 2009, n° 40, 1274 ; *Clause de nationalité des notaires : des conclusions audacieuses pour une question essentielle : JCP* N 2010, n° 5, 1052.
(76) *JCP* N 27 mai 2011, n° 21, act. 482.

Tout vient de l'approche essentiellement économique que la Commission européenne a du marché intérieur. Cette approche économique que la Cour a finalement adoptée, exclut toute autre considération possible.

De plus, la Commission a été soutenue dans ces recours par le Royaume-Uni et l'Irlande, intervenants à l'instance, qui ont conduit la Cour à rendre le 24 mai 2011 les arrêts sous examen (77). Cette même conception est à l'œuvre en d'autres occasions (78). Il faut avoir conscience de ce contexte pour mieux comprendre les décisions rendues par la Cour de justice. La jurisprudence évolue au fil du temps mais aussi des adoptions, depuis le 24 mai 2011, des règlements européens qui définissent les nouvelles règles de droit international privé européen (79).

Pour l'heure, dans aucun de ces six arrêts la Cour n'aura mentionné une seule fois le terme de fonction, ou de statut, bien que le notaire soit le sujet central de ces six décisions. Elle parvient à définir systématiquement le notaire comme un professionnel. Parfois elle lui reconnaît la qualité d'officier public, mais considérant alors que compte tenu du fait que son activité est exercée dans un marché concurrentiel, le notaire n'est pas reconnu comme participant directement et spécifiquement à l'exercice de l'autorité publique. Les juges déploient plusieurs arguments pour ce faire :

a) *Le consentement préalable des parties à l'acte au service de l'argumentaire déniant la participation du notariat à l'exercice de l'autorité publique*

L'un des motifs mis en avant par la Cour concerne le consentement des parties : l'arrêt C-47/08 (*Commission* c/ *Belgique*) (80) précise que les parties « décident elles-mêmes, dans les limites posées par la loi, de la portée de leurs droits et obligations et choisissent librement les stipulations auxquelles elles veulent se soumettre lorsqu'elles présentent un acte ou une convention pour authentification au notaire. L'intervention de ce dernier suppose, ainsi, l'existence préalable d'un consentement ou d'un accord de volonté des parties ». **2031**

Ce motif pourrait faire écho à la dissociation classique entre *negotium* et *instrumentum* (V. *supra* , nº 2008). Cette dissociation est mise en lumière par Henri Motulsky lorsqu'il classe les actes de juridiction gracieuse (dont font partie les actes notariés, actes publics, pourtant niés par la Cour) en deux groupes : les actes réceptifs (dont semble s'inspirer la Cour) et les actes volitifs (dans lesquels une décision est prise par l'autorité délivrant l'acte public) (81). Cette distinction a également fait l'objet d'une analyse plus récente par un autre auteur précisant que dans l'acte notarié, l'autorité joue un rôle réceptif puisque l'acte

(77) Aff. C-47/08, *Commission* c/ *Belgique* ; aff. C-50/08, *Commission* c/ *France* ; aff. C-51/08, *Commission* c/ *Luxembourg* ; aff. C-53/08, *Commission* c/ *Autriche* ; aff. C-54/08, *Commission* c/ *Allemagne* ; aff. C-61/08, *Commission* c/ *Grèce*, qui ont eu les honneurs d'un communiqué de presse de la Cour de justice (nº 50/11) le 24 mai 2011, par lequel il est indiqué que les États membres ne peuvent réserver à leurs nationaux l'accès à la profession de notaire.

(78) On pense aux commissions et rapports *Monti*, *Attali*, *Darrois*... Pour une rapide mais efficace piqûre de rappel : C. Nourissat, *Un modèle pour l'Europe : JCP* N 10 mars 2017, nº 10, 1126.

(79) Règl. (UE) nº 650/2012, 4 juill. 2012 ; Règl. (UE) nº 1215/2012, 12 déc. 2012 ; Règl. (UE) nº 2015/848, 20 mai 2015 ; Règl. (UE) nº 2016/1103, 24 juin 2016 ; Règl. (UE) nº 2016/1104, 24 juin 2016 ; Règl. (UE) nº 2016/1191, 6 juill. 2016, plus communément et respectivement connus sous les titres suivants : règlements « Successions » ; « Bruxelles I *bis* » ; « Insolvabilité » ; « Régimes matrimoniaux » ; « Régimes patrimoniaux » ;« Documents publics ».

(80) Nous aurions pu prendre l'un des cinq autres arrêts, ils sont tous construits avec la même structure argumentaire.

(81) H. Motulsky, *Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé*, Travaux comité fr. DIP, 9-13e année, 1948-1952-1953, p. 13-31.

est avant tout le produit de la volonté des seules personnes privées, le notaire se bornant « à dresser un instrument public » (82).

2032 En fait, il n'en est rien. La Cour reste concentrée sur une vision anglo-saxonne de l'autorité publique. Cette vision repose fondamentalement sur l'idée que le droit anglais est d'essence judiciaire, s'intéressant plus à l'action qu'au droit subjectif. Selon cette conception, comme a pu le résumer un auteur (83), une convention préformée entre les parties, si elle peut répartir des droits, reste sans effet sur le juge et l'action en justice ; les signataires devront toujours venir témoigner et seules compteront leurs déclarations devant le juge, seul organe reconnu par le système anglo-saxon pour exercer l'autorité publique : *terrible méprise, qui confond autorité et monopole de la force* (84).

Le consentement préalable des parties à l'acte à authentifier n'est pas le seul argument utilisé par la Cour pour nier au notaire une fonction ou un statut étatique : elle considère en outre que ce dernier n'exerce pas directement, ni de façon spécifique, une autorité publique.

b) Les autres motifs invoqués par la Cour

2033 La Cour n'hésite pas à se pencher sur les thèmes de la légalité, la sécurité juridique, la force probante ou exécutoire de l'acte notarié, ou encore le rôle de collecteur d'impôt : autant de critères qu'elle reconnaît mais qui pour autant ne sont pas suffisants en soi pour lui permettre de reconnaître au notariat la qualité d'acteur étatique, exerçant de manière directe et spécifique l'autorité publique !

Tous ces attributs attachés à l'action d'authentifier que le notaire effectue en sa qualité d'officier public succombent face aux seules « conditions de concurrence » (*dixit* la Cour) dans lesquelles le notaire est amené à exercer son activité. Ce dernier aspect, du simple fait de son existence, prive ainsi le notariat de toute reconnaissance d'un statut délégataire de l'autorité publique (85).

La portée de cette jurisprudence est cependant à relativiser. Selon l'arrêt *Commission c/Belgique* lui-même (86), la décision est rendue seulement pour statuer sur le respect par la France des dispositions de l'article 45 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« Condition de nationalité »), et ne porte « ni sur le statut et l'organisation du notariat dans l'ordre juridique français, ni sur les conditions d'accès, autre que celle de nationalité, à la profession de notaire dans cet État membre » (87).

Le Conseil supérieur du notariat, dans un communiqué lapidaire, a pris acte de cette interdiction de la condition de nationalité, rappelant lui aussi la portée limitée de cet arrêt, tout comme le CNUE qui a réagi par un communiqué à travers lequel il indiquait avoir pris note que « la condition de nationalité est abandonnée, mais que les spécificités de la fonction notariale restent inchangées » (88).

Toutefois, si la Cour refuse de reconnaître au notaire l'exercice de l'autorité publique, elle lui reconnaît non pas un statut (ne semblant pas contredite sur cette vision par le droit primaire, puisque dans le traité lui-même aucune reconnaissance d'une quelconque fonction

(82) M. Goré, *L'acte notarié, instrument de l'exécution forcée : LPA* 11 août 1997, n° 96, p. 5.
(83) L. Aynès, *L'authenticité : Dr. et patrimoine* 1er janv. 2010, *op. cit.*
(84) *Ibid.*
(85) C. Nourissat, *Fin de la clause de nationalité des notaires, premières observations : JCP* N 3 juin 2011, n° 22, 497.
(86) Comme dans les cinq autres arrêts rendus le même jour, V. *supra,* n° 2030.
(87) Aff. C-47/08, pt 65, paragraphe « Considérations liminaires ».
(88) *Notaire - Condition de nationalité : la CJUE dénie la participation du notaire à l'exercice de l'autorité publique ! - Zoom : JCP* N 27 mai 2011, n° 21, act. 482.

ou statut à la profession notariale n'est consacrée) (89), mais plutôt le fait que les activités relevant de la profession de notaire poursuivent des objectifs d'intérêt général. Cette position marque un repositionnement de l'analyse, annonçant une évolution de la jurisprudence.

B/ Évolution jurisprudentielle et réglementaire : vers la reconnaissance d'un statut ?

2034 Il est aujourd'hui reconnu des activités réservées aux notaires (relevant du monopole, sans pour autant que cela puisse être contraire aux principes fondateurs contenus dans le traité), comme l'authentification des actes que ces derniers reçoivent. Ils participent par ce moyen à l'exercice direct de l'autorité publique (90).

En effet, la Cour de justice de l'Union européenne admet aujourd'hui, de manière constante au fil de ses décisions, que le notaire exerce une activité qui répond effectivement à un objectif d'intérêt général, celui de l'authentification des actes.

Pour cette activité, qui demeure la raison d'être du notariat, le notaire doit vérifier notamment que toutes les conditions légalement exigées pour la réalisation de l'acte soient réunies ; qu'en procédant ainsi, « le notaire exerce cette vérification en poursuivant un objectif d'intérêt général, à savoir garantir la légalité et la sécurité juridique des actes conclus entre particuliers » (91).

Cette activité correspond-elle pour autant à l'exercice d'une profession, organisée sur la base d'un statut conféré et reconnu par le droit de l'Union européenne ?

Cette question mérite d'être posée, au regard de la vision portée de longue date par la Commission européenne sur les professions réglementées dans l'Union.

Dans un arrêt du 10 septembre 2015, la Cour précise que dans la mesure où cette activité d'authentification est exercée « dans les limites de leurs compétences territoriales respectives, les notaires exercent leur profession dans des conditions de concurrence » (92).

2035 Est-ce à dire que la reconnaissance du statut du notariat passera avant tout par la reconnaissance de l'utilité de l'acte notarié, dont l'authentification, qui se caractérise par le fait que « le notaire est tenu de vérifier, notamment que toutes les conditions légalement exigées pour la réalisation de l'acte soient réunies » (93) poursuit un objectif d'intérêt général, à savoir « garantir la légalité et la sécurité juridique des actes conclus entre particuliers » (94) ?

La définition de l'acte authentique en droit de l'Union européenne permettra certainement de mieux en clarifier la portée ainsi que la contribution majeure que cet instrument apporte à l'espace de sécurité juridique de l'Union.

(89) La Cour de justice et le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne font allusion qu'à des activités et non à un statut du notaire, ou du moins des professions réglementées.
(90) C. Nourissat, *Chroniques 2015 de droit notarial de l'Union européenne : Defrénois* 15 févr. 2016, n° 03, p. 134 et s.
(91) CJUE, 24 mai 2011, aff. C-50/08, *Commission* c/ *France*, pt 85 ; ou encore CJUE, 24 mai 2011, aff. C-47/08, *Commission* c/ *Belgique*.
(92) CJUE, 10 sept. 2015, aff. C-151/14, *Commission* c/ *Lettonie*.
(93) C. Nourissat, *Un modèle pour l'Europe : JCP* N 10 mars 2017, n° 10, 1126, n° 9.
(94) CJUE, 9 mars 2017, aff. C-342/15 : *Defrénois Flash* 20 mars 2017, n° 138t0, p. 1. – P. Callé, *Du monopole des notaires pour l'authentification des signatures apposées sur les documents nécessaires à la création ou au transfert de droits réels immobiliers : Defrénois* 7 sept. 2017, n° 17, n° 127u8.

§ II Définition de l'acte authentique par le droit de l'Union européenne

2036 Depuis le célèbre arrêt *Unibank* rendu par la cinquième chambre de la Cour de justice des Communautés européennes le 17 juin 1999 (V. *infra*, n° 2039), une première définition de l'acte authentique a pu être élaborée. Selon cet arrêt, un acte est authentique lorsqu'il est « dressé ou enregistré formellement en tant qu'acte authentique et dont l'authenticité porte sur la signature et le contenu de l'acte authentique et qui a été établi par une autorité publique ou toute autre autorité habilitée à ce faire » (95).

Cette jurisprudence fondatrice est à la base de la définition de l'acte authentique dans les divers règlements européens, savoir :

1. l'article 4-3 du règlement « Titre exécutoire européen » du 21 avril 2004, qui définit l'acte authentique comme un acte dressé ou enregistré formellement en tant qu'acte authentique et dont l'authenticité porte sur la signature et le contenu de l'acte, et a été établie par une autorité publique ou toute autre autorité habilitée à ce faire par l'État membre d'origine ;
2. l'article 2-3 du règlement « Aliments » du 18 décembre 2008, qui définit l'acte authentique en matière d'obligations alimentaires comme un acte dressé ou enregistré formellement en tant qu'acte authentique dans l'État membre d'origine et dont l'authenticité porte sur la signature et le contenu de l'acte authentique et a été établie par une autorité publique ou toute autre autorité habilitée à ce faire ;
3. l'article 3-i) du règlement « Successions » du 4 juillet 2012, qui définit l'acte authentique comme un acte en matière successorale dressé ou enregistré formellement en tant qu'acte authentique dans l'État membre d'origine et dont l'authenticité porte sur la signature et le contenu de l'acte et a été établie par une autorité publique ou toute autre autorité habilitée à le faire ;
4. l'article 2-c) du règlement « Bruxelles I *bis* » du 12 décembre 2012, qui définit l'acte authentique comme un acte dressé ou enregistré formellement en tant qu'acte authentique dans l'État membre d'origine et dont l'authenticité porte sur la signature et le contenu de l'acte et a été établie par une autorité publique ou toute autre autorité habilitée à le faire ;
5. l'article 3-1-c) du règlement « Régimes matrimoniaux » du 24 juin 2016, qui définit l'acte authentique comme un acte en matière de régime matrimonial, dressé ou enregistré formellement en tant qu'acte authentique dans un État membre et dont l'authenticité porte sur la signature et le contenu de l'acte et a été établie par une autorité publique ou toute autre autorité habilitée à cet effet par l'État membre d'origine ;
6. l'article 3-1-d) du règlement « Partenariats » du 24 juin 2016, qui définit l'acte authentique comme un acte relatif aux effets patrimoniaux d'un partenariat enregistré, dressé ou enregistré formellement en tant qu'acte authentique dans un État membre et dont l'authenticité porte sur la signature et le contenu de l'acte et a été établie par une autorité publique ou toute autre autorité habilitée à cet effet par l'État membre d'origine.

(95) CJCE, 17 juin 1999, aff. C-260/97, *Unibank A/S* c/ *Flemming G. Christensen* : *JurisData* n° 1999-612647 ; *Rev. crit. DIP* 2000, p. 245, note G. Droz.

2037

À retenir : la définition de l'acte authentique selon le droit de l'Union européenne

Bien que l'acte authentique ne fasse pas l'objet d'une seule et unique définition à laquelle les règlements européens se reportent, il résulte de ce qui précède qu'il pourrait être défini de la manière suivante : est acte authentique un acte dressé ou enregistré formellement en tant qu'acte authentique et dont l'authenticité porte à la fois sur le contenu et la signature, authenticité établie par une autorité publique ou toute autre autorité habilitée à cet effet.

Le tout naturellement dans l'espoir de voir un jour définitivement résolu le débat sur la question de savoir si le notaire, en droit de l'Union européenne, peut être considéré comme étant une autorité publique (V. *supra*, n° 2028, la définition du notaire par le Code européen de déontologie notariale).

Il faut observer que dans le règlement « Documents publics » du 6 juillet 2016, les actes notariés sont reconnus comme relevant des actes publics en vertu de l'article 3-1 c) : serait-ce une pierre de plus à la construction européenne d'un statut de l'acte notarié ?

Si tel était le cas, l'avenir du notariat serait pleinement consacré comme service public à part entière de la justice préventive, volontaire et européenne, gage de sécurité juridique dans un espace de liberté, de justice et de sécurité au sein de l'Union européenne.

§ III Le service public notarial, une juridiction gracieuse en devenir pour le droit de l'Union européenne ?

2038

Ainsi qu'il résulte des développements qui précèdent, la reconnaissance par l'Union européenne du notariat comme service public nécessaire pour une bonne administration d'une justice non contentieuse dans l'Union reste très largement débattue.

La position de la Commission, sous forte influence anglo-saxonne, ainsi que l'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne des règlements sur cette question cruciale, rendent l'édification d'un statut européen du notariat lent et paradoxal.

Le paradoxe est multiple : en premier lieu, du fait de l'influence, malgré le *Brexit*, d'une doctrine outre-Manche et outre-Atlantique (96) encore bien prégnante et irriguant les réflexions des commissaires.

En second lieu, du fait de la convergence entre la vision des commissaires et l'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne, bien que sa jurisprudence n'ait pas toujours campé sur le déni de cette reconnaissance.

En effet, à regarder de plus près les arrêts antérieurs à ceux du 24 mai 2011, il est aisé de constater qu'un revirement de situation a bien eu lieu.

(96) V. ce qui a été dit *supra*, n° 2029, sur l'École de Chicago et l'article de C. Nourissat, *Accès aux professions réglementées dans l'Union européenne : JCP* N 29 nov. 2013, n° 48, 1153.

A/ La jurisprudence antérieure aux arrêts du 24 mai 2011

I/ Arrêt *Unibank* du 17 juin 1999

2039 Le premier arrêt ayant confirmé l'importance des conditions de solennité qui déterminent si un acte est authentique ou ne l'est pas, l'arrêt *Unibank* (V. *infra*, n° 2036), avait ouvert la voie vers une reconnaissance tant de l'acte authentique notarié que de l'autorité publique (ou habilitée) qui l'établit.

Avec cet arrêt, l'authenticité, ainsi que les officiers qui exercent pour la conférer aux actes qui en relèvent, prenaient place dans l'ordre juridique européen.

Cette notion multiséculaire n'est pas aisée à définir, ni à expliquer, au point que certains auteurs font appel à l'étymologie pour la cerner (97), lorsque d'autres s'interrogent sur le lien étroit unissant le notaire et l'acte qu'il dresse, la force de cet acte reposant sur la compréhension directe que le notaire a de la volonté des parties (98).

En rendant l'arrêt *Unibank*, la Cour de justice de l'Union européenne a lancé pour la première fois dans l'ordre juridique européen le débat sur les caractéristiques de l'authenticité ; elle a également déterminé quels étaient les attributs de l'acte authentique européen (99).

La Cour de justice a ensuite été amenée à rechercher et définir les notions d'administration publique et d'exercice direct ou indirect de la puissance publique, en rendant le 30 septembre 2003 un arrêt remarqué (100), l'arrêt *Colegio de Oficiales de la marina mercante espagñola*.

II/ Arrêt *Colegio de Oficiales de la marina mercante española* du 30 septembre 2003

2040 Dans cet arrêt, en examinant les attributions notariales des capitaines et seconds de navire de marine marchande, la Cour a pu développer une réflexion sur les notions d'administration publique et d'exercice direct ou indirect de la puissance publique.

En premier lieu, la notion d'administration publique semble être une notion autonome du droit européen, la Cour estimant que cette notion « doit recevoir une interprétation et une application uniformes dans l'ensemble de la Communauté et ne saurait dès lors être laissée à la totale discrétion des États membres » (101).

En second lieu, le même arrêt se prononce sur la question de savoir si la condition de nationalité des capitaines et seconds de navire battant pavillon espagnol est justifiée.

(97) L. Aynès, *L'authenticité : Dr. et patrimoine* 1er janv. 2010, n° 188. – M. Goré, *L'acte authentique en droit international privé*, Travaux comité fr. DIP, 14e année, 1998-2000, p. 24.

(98) P. Murat, *L'acte notarié,: rédaction et réception : JCP* N 27 janv. 2012, n° 4, 1062, n° 29.

(99) Antérieurement à l'arrêt *Unibank* du 17 juin 1999 :
- la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, par son article 50, avait surtout analysé les effets de l'authenticité, plutôt qu'à en donner une définition : « Les actes authentiques reçus et exécutoires dans un État contractant sont, sur requête, revêtus de la formule exécutoire dans un autre État contractant, conformément à la procédure prévue aux articles 31 et suivants. La requête ne peut être rejetée que si l'exécution de l'acte authentique est contraire à l'ordre public de l'État requis. L'acte produit doit réunir les conditions nécessaires à son authenticité dans l'État d'origine » ;
- le rapport Jenard-Möller sur la Convention de Lugano de 1990 ne définit pas non plus l'authenticité, mais seulement les caractéristiques de ses effets : cf. 66e session de l'Assemblée de liaison, Rapport 2015, 3e partie, *L'acte authentique : Outil commun de conquête*, p. 106.

(100) Cité par C. Nourissat, *Fin de la clause de nationalité des notaires : JCP* N 3 juin 2011, n° 22, 497, p. 6.

(101) CJCE, 30 sept. 2003, aff. C-405/01, *Colegio de Oficiales de la marina mercante española*, pt 38.

La construction du raisonnement est la suivante : l'article 39, § 4 du Traité instituant la Communauté européenne (TCE) (102) (« Liberté de circulation et non-discrimination ») peut être écarté, pour la nomination des capitaines et seconds de navires espagnols, dans la mesure où :

- ils accomplissent des missions publiques qui leur sont dévolues ;
- ce faisant, ils agissent en qualité de représentants de la puissance publique, au service des intérêts de l'État du pavillon ;
- parce qu'ils participent à l'exercice de la puissance publique et occupent des fonctions ayant pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État, il existe nécessairement entre les officiers et l'État qu'ils représentent un rapport particulier de solidarité, dont la réciprocité des droits et devoirs est le fondement d'un lien de nationalité (103) ;
- le tout, à la seule condition que ces prérogatives soient effectivement exercées de **façon habituelle** par lesdits titulaires et qu'elles ne représentent pas une part très réduite de leurs activités ;
- de plus, la portée de cette dérogation doit être limitée à ce qui est strictement nécessaire à la sauvegarde des intérêts généraux de l'État membre concerné.

La Cour constate que l'exercice direct ou indirect de missions publiques n'étant qu'occasionnel pour les capitaines de navire, la condition de nationalité doit par conséquent être écartée en vertu du principe de libre circulation et de non-discrimination du traité.

Prémices d'une définition de l'officier public par l'arrêt *Colegio de Oficiales de la marina mercante española*

Si l'on transpose ce raisonnement à la question du notariat, force est de constater que le notaire, dans sa fonction et son statut, remplit bien toutes les conditions énumérées dans l'arrêt pour être reconnu comme participant à l'exercice direct ou indirect de l'administration publique.

En effet, le notaire :

- accomplit bien une mission publique qui lui est dévolue en assumant directement le service public de l'authenticité ;
- agit bien en qualité de représentant de la puissance publique, au service des intérêts de l'État qui l'a nommé ;
- parce qu'il participe à l'exercice de la puissance publique et occupe une fonction ayant pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État, il existe bien entre cet officier public et l'État qu'il représente un rapport particulier de solidarité, dont la réciprocité des droits et devoirs est le fondement d'un lien de contrôle et de surveillance par l'État sur son activité ;
- enfin le notaire exerce bien cette mission publique de façon habituelle, ce qui fonde sa fonction au regard de l'intérêt général.

Pourtant, le statut d'*agent participant à l'exercice direct et spécifique de l'autorité publique* n'a pas encore été reconnu au notaire depuis les arrêts « Nationalité » du 24 mai 2011 et ceux subséquents (nombreux sur ce thème (V. *supra*, nº 2030).

(102) Actuellement repris à l'article 45 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) ; cf. travaux de la commission 1, *supra* , nº 1559.

(103) Arrêt *Colegio de Oficiales de la marina mercante española*, pt 39 littéralement retranscrit ici : « Elle [la notion d'administration publique] concerne les emplois qui comportent une participation directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques, et supposent ainsi, de la part de leurs titulaires, l'existence d'un rapport particulier de solidarité à l'égard de l'État ainsi que la réciprocité des droits et devoirs qui sont le fondement du lien de nationalité (Arrêt *Commission/Grèce*, C-290/94, Rec. p. I-3285, point 2) ».

Cependant, les lignes semblent enfin bouger depuis les arrêts récents qui font l'objet de l'analyse qui suit.

B/ La jurisprudence postérieure au 24 mai 2011

2041 Même si le 1er février 2017, la Cour a encore condamné la Hongrie pour manquement au principe de non-discrimination pour condition de nationalité quant à l'accès à la profession de notaire (104), plusieurs arrêts rendus dans le courant de l'année 2017 semblent amorcer un changement important dans le rapport qu'entretient le droit de l'Union avec l'institution notariale.

Trois d'entre eux sont examinés ci-après.

I/ Arrêt *Piringer*

2042 Le 9 mars 2017, la Cour de justice de l'Union européenne a rendu une décision importante quant à la reconnaissance pleine et entière d'activités réservées au notariat (105) par les États membres.

Par cet arrêt, la Cour reconnaît en effet la possibilité pour les États membres de réserver des activités au notariat, ce qui, bien que procédant d'une restriction manifeste à la libre prestation de services garantie par l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, reste approprié pour des raisons d'ordre public et de sécurité publique.

Lorsque l'objectif poursuivi est d'intérêt général, comme par exemple une bonne administration de la justice préventive ou le bon fonctionnement du système du livre foncier, les États membres peuvent réserver des activités aux notaires : la Cour considère en effet que ces activités réservées répondent à un besoin impérieux d'intérêt général (106).

Avec l'arrêt *Piringer*, la Cour va même au-delà de la reconnaissance d'une réserve de compétence que les États membres peuvent accorder au notariat : elle considère que ces activités réservées, puisque relevant de l'exercice propre à garantir la légalité et la sécurité juridique des actes conclus entre particuliers, doivent être protégées, comme « constituant une composante essentielle de l'administration préventive de la justice » (107).

Bien qu'en droit de l'Union européenne il faille toujours rester prudent pour ne pas courir le risque « de surinterpréter ce que dit la Cour » et « se défier d'une tendance trop marquée (notamment en France) à "surtransposer" les directives » (108), force est de reconnaître, avec le professeur Cyril Nourissat, que « sans exagération aucune, il est possible de [voir au travers de cet arrêt] une contribution jurisprudentielle majeure à l'idée même d'un notariat européen » (109).

2043 Afin de situer le contexte, un rappel sommaire des faits s'impose (110) :

Mme Piringer, propriétaire pour moitié d'un immeuble situé en Autriche, a signé devant un avocat tchèque, en République tchèque, une demande d'inscription au livre foncier autrichien d'un projet de vente de sa quote-part indivise. En effet, le droit tchèque reconnaît aux

(104) CJUE, 1re ch., 1er févr. 2017, aff. C-392/15, *Commission* c/ *Hongrie*.
(105) CJUE, 5e ch., 9 mars 2017, aff. C-342/15, *Léopoldine Gertraud Piringer*.
(106) CJUE, 5e ch., 9 mars 2017, aff. C-342/15, *op. cit.*, pt 53.
(107) CJUE, 5e ch., 9 mars 2017, aff. C-342/15, *op. cit.*, pt 58.
(108) C. Nourissat, *Quand la Cour de justice reconnaît les activités réservées aux notaires... : Defrénois* 30 mai 2017, no 10, p. 647, DEFI26q8, no 3.
(109) *Ibid.*
(110) L'énoncé des faits figure notamment dans le communiqué de presse no 28/17 du 9 mars 2017 de la Cour de justice de l'Union européenne : curia.europa.eu/jcms/j_193/fr?text=all, consulté le 11 févr. 2018.

avocats tchèques le droit de certifier les signatures en vue de leur inscription au livre foncier tchèque.

M^me^ Piringer a demandé au tribunal autrichien assurant la tenue du livre foncier de procéder à l'inscription de la formalité ainsi accomplie.

Le tribunal autrichien a refusé d'instruire cette demande, au motif que contrairement au droit autrichien qui exige l'authentification émanant soit d'un tribunal, soit d'un notaire, la demande déposée, certifiée par avocat tchèque, n'est pas conforme à la loi autrichienne.

Saisie d'un pourvoi en révision, la Cour suprême d'Autriche a estimé nécessaire de poser à la Cour de justice deux questions préjudicielles :

- la première porte sur l'interprétation de l'article 1^er^, § 1 deuxième alinéa de la directive 77/249, et de savoir si cet article s'oppose à une réserve de compétence dans un État membre au profit des notaires en matière de transfert de droits réels immobiliers ;
- la seconde porte en substance sur le point de savoir si l'article 56 TFUE s'oppose à une réglementation d'un État membre qui réserve aux notaires l'authentification des signatures apposées sur les documents nécessaires à la création ou au transfert de droits réels immobiliers, et exclut de ce fait la possibilité de reconnaître dans ledit État membre une telle authentification effectuée par un avocat conformément à son droit national, établi dans un autre État membre.

Autrement dit :

- un État membre peut-il exclure de la libre prestation de services par les avocats l'authentification des signatures des documents nécessaires à la création ou au transfert des droits réels immobiliers, et réserver cette activité aux notaires ?
- plus fondamentalement, un État membre (l'Autriche) peut-il réserver aux notaires l'authentification des signatures sur les documents nécessaires à la création ou au transfert des droits réels immobiliers et refuser d'enregistrer dans son livre foncier un document provenant d'un autre État membre (la République tchèque), dont la signature certifiée par un avocat tchèque a la même valeur en droit tchèque qu'une authentification établie par un notaire ou un tribunal autrichien ?

C'est à ces deux questions préjudicielles que la Cour va s'attacher de répondre, assurant de la sorte une *reconnaissance éclatante des activités notariales réservées* (111), tant en droit dérivé (au regard de la directive 77/249) qu'en droit primaire (112).

Mais, au-delà du système du livre foncier, l'analyse de la Cour est susceptible de s'appliquer dans sa généralité à toute question relative au domaine réservé par les États membres au notariat de type latin, sous réserve du respect du principe de proportionnalité.

C'est pourquoi la Cour reconnaît en outre la nécessité de protéger ces activités réservées aux notaires, notamment de la concurrence des avocats (113), ainsi qu'il va être développé dans ce qui suit.

a) La reconnaissance d'une réserve de compétence

2044 En acceptant que les États membres puissent procéder à une restriction au principe de libre prestation de services consacré par l'article 56 TFUE pour motif impérieux d'intérêt général, la Cour confirme sa perception des activités notariales, qu'elle a déjà eu l'occasion d'énoncer.

(111) L'expression est de M. le Professeur C. Nourissat, art. préc.
(112) TFUE, art. 56.
(113) V. Bouhier, *Les notaires : une compétence reconnue et protégée en droit de l'Union : Bull. Cridon Paris* 1^er^ avr. 2017, n° 7.

En effet, dans l'arrêt C-50/08, *Commission* c/ *France* du 24 mai 2011 auquel il est ici renvoyé (V. *supra*, nº 2030), la Cour reconnaît déjà que la vérification par le notaire de toutes les conditions légalement exigées pour la passation d'un acte relève d'une mission publique : assurer la sécurité juridique aux actes conclus entre particuliers. Déjà en 2011, pour la Cour, l'activité notariale d'authentification des actes relève bien d'une mission poursuivant un but d'intérêt général (114).

Par cet arrêt *Piringer*, la Cour exprime clairement son analyse à l'égard du monopole d'authentification, activité réservée au notaire et participant à l'administration préventive de la justice, dans son point 60 : « Le fait que les activités notariales poursuivent des objectifs d'intérêt général, qui visent notamment à garantir la légalité et la sécurité juridique des actes conclus entre particuliers, constitue une raison impérieuse d'intérêt général qui permet de justifier d'éventuelles restrictions à l'article 49 TFUE découlant des spécificités propres à l'activité notariale, telles que l'encadrement dont les notaires font l'objet au travers des procédures de recrutement qui leur sont appliquées, la limitation de leur nombre et de leurs compétences territoriales ou encore leur régime de rémunération, d'indépendance, d'incompatibilité et d'inamovibilité, pour autant que ces restrictions permettent d'atteindre lesdits objectifs et sont nécessaires à cette fin ».

Il est à noter que si la Cour reconnaît au notariat un champ de compétence réservé cette fois, c'est par l'analyse fouillée qu'elle établit des activités notariales : malgré cela, la Cour n'évoque toujours pas un statut du notariat, ni une fonction du notaire, ce que ne manque pas de relever un auteur (115).

Pour reconnaître cette réserve de compétence au notariat au regard de la tenue du livre foncier, la Cour développe son argumentaire en expliquant au point 64 que : « L'intervention du notaire est importante et nécessaire afin de procéder à l'inscription au livre foncier, dans la mesure où la participation de ce professionnel ne se limite pas à confirmer l'identité d'une personne ayant apposé une signature sur un document, mais implique également que le notaire prenne connaissance du contenu de l'acte en question aux fins de s'assurer de la régularité de la transaction envisagée et vérifie la capacité de la requérante à accomplir les actes juridiques ».

Elle poursuit au point 65 : « Dans ces conditions, le fait de réserver les activités liées à l'authentification des actes portant sur la création ou le transfert de droits réels immobiliers à une catégorie particulière de professionnels, à laquelle s'attache une confiance publique et sur laquelle l'État membre concerné exerce un contrôle particulier, constitue une mesure appropriée pour atteindre les objectifs de bon fonctionnement du système du livre foncier ainsi que la légalité et la sécurité juridique des actes conclus entre particuliers ».

Les points 60, 64 et 65 ci-dessus, il faut en être persuadé, revêtent une importance capitale pour l'avenir de la prise en considération du notariat dans l'Union européenne.

En effet, la portée de l'arrêt *Piringer* semble bien aller au-delà du système du livre foncier. L'argumentaire de la Cour permet effectivement, ainsi qu'il a été mis en lumière par le professeur Cyril Nourissat, de considérer que tout État membre pourra se prévaloir du précédent *Piringer* même s'il ne connaît pas le système du livre foncier pour justifier réserver aux seuls notaires l'authentification des actes nécessaires à la création et au transfert de droits réels immobiliers (116).

(114) CJUE, 24 mai 2011, *Commission* c/ *France*, pts 85 et 86.
(115) C. Nourissat, *Quand la Cour de justice reconnaît les activités réservées des notaires*, art. préc.
(116) C. Nourissat, *op. cit.*, nº 10.

Si la portée de la réserve de compétence va bien au-delà du livre foncier, elle concerne plus fondamentalement la cohérence du système juridique de chaque État membre connaissant en son sein le notariat de type latin.

Pour cette raison, la Cour a estimé que les activités notariales réservées sont *euro-compatibles* (117) avec le principe de proportionnalité : ces mesures restrictives de compétence réservée au notaire sont en effet jugées appropriées par la Cour, comme constituant une *composante essentielle de l'administration préventive de la justice* (118).

Ces activités réservées font par conséquent l'objet d'une protection nécessaire.

b) La nécessaire protection de la reconnaissance d'activités réservées au notariat

Alors que l'avocat général, dans ses conclusions, a cherché à minimiser le rôle authentificateur du notaire, en tentant d'assimiler authentification et certification (119), voire à nier la contribution du notaire en terme de sécurité juridique dans la préservation du système du livre foncier, la Cour a refusé de suivre cette voie. **2045**

Elle s'est au contraire attachée à distinguer de manière approfondie l'activité des avocats de celle des notaires, la première « consistant à certifier l'authenticité des signatures apposées sur les actes » n'étant pas « comparable à l'activité d'authentification effectuée par les notaires » (120).

C'est précisément pour cette raison que « la mention d'authentification d'une signature apposée par un avocat tchèque ne constitue pas un acte authentique » (121).

L'approche que la Cour semble faire de la distinction entre notaire et avocat va au-delà de la préservation des activités notariales pour une bonne administration de la justice dans les États membres le connaissant. Elle assure aussi, par l'analyse de la directive 77/249 propre à la libre prestation de services des avocats au sein de l'Union, un respect des deux professions et, ce faisant, au respect des spécificités du système juridique de l'État membre, notamment au Royaume-Uni, où seuls les *solicitors* peuvent établir des actes juridiques relevant du droit immobilier.

Ainsi, la Cour démontre que le notariat de type latin étant nécessaire pour la publicité foncière, le droit tchèque qui reconnaît l'intervention de l'avocat certificateur pour le livre foncier tchèque n'est pas transposable au droit autrichien.

D'une manière plus générale, le raisonnement de la Cour au final ne permet pas la transposition de cette règle entre deux systèmes de droits aux contenus différents : l'activité des notaires et des avocats (en ce compris les *solicitors* de droit anglo-saxon) n'est pas comparable, et à ce titre, l'authentification d'une signature par avocat (ou *solicitor*) ne peut avoir la même valeur juridique que celle d'un notaire dans un État connaissant le notariat de type latin (122).

(117) L'expression est empruntée au professeur C. Nourissat, qui précise dans l'article cité à la note précédente : « La Cour a donc pu aussi, et pour la première fois, se prononcer indirectement sur l'"euro-compatibilité" d'une activité réservée aux seuls notaires par une législation nationale ».

(118) CJUE, 24 mai 2011, *Commission* c/ *France*, pt 58.

(119) Concl. av. gén. M. Szpunar, 21 sept. 2016, pt 60 : « Une authentification telle que celle en cause dans l'affaire au principal n'exige pas de connaissances en droit autrichien ni même, au demeurant, de connaissance en droit. Comme le souligne à juste titre la Commission, l'authentification ne requiert pas la rédaction d'actes ou la fourniture de conseils juridiques sur des questions complexes, mais revient simplement à constater l'identité de la personne présente et à confirmer qu'elle a bien signé un document ».

(120) CJUE, 24 mai 2011, *Commission* c/ *France*, pt 66.

(121) CJUE, 24 mai 2011, *Commission* c/ *France*, pt 67.

(122) Pour une démonstration fouillée et dense : V. V. Bouhier, *op. cit.*, p. 10.

C'est ainsi que certaines activités notariales, reconnues comme participant à la poursuite d'objectifs d'intérêt général, constituent pour cela un élément essentiel à une bonne administration d'une justice préventive et doivent être différenciées des activités d'avocat, dont la libre prestation de services résulte de la directive 77/249.

La directive « Avocat » ne peut pas s'appliquer pour les activités notariales inhérentes au notariat de type latin que les États membres peuvent connaître, et qui constituent un des piliers fondateurs de leur système juridique.

2046 Si la Cour a su démontrer la nécessité de réserver certaines activités notariales et de surcroît les protéger de certaines autres professions du droit (avocat, de droit continental comme de *common law*), il est alors possible de se poser la question suivante :

L'arrêt *Piringer* annonce-t-il les prémices d'un notariat européen transfrontière ?

À bien y regarder, cette question, inspirée d'observations qu'un auteur (123) a pu tirer notamment de l'article 56 TFUE (124) mérite effectivement d'être posée sur un autre registre que celui du clivage entre notaires et avocats, celui du notariat européen.

En d'autres termes, un notaire italien ou espagnol pourrait-il avoir accès au registre des biens immobiliers en France ? La réponse à ce jour reste négative, en application de l'article 710-1 du Code civil français, qui prévoit que tout acte ou droit soumis à publicité foncière doit être reçu en la forme authentique par un notaire exerçant en France.

Mais se pourrait-il que l'article 710-1 puisse être considéré comme constituant une restriction de l'article 56 TFUE ?

Cette question paraît légitime à double titre : en vertu, d'une part, du principe de « reconnaissance mutuelle », qui a vu le jour pour la première fois pour les produits de consommation (en l'espèce des alcools fabriqués en France et interdits de commercialisation en Allemagne : arrêt *Cassis de Dijon*, 20 févr. 1979, V. *infra*, note de bas de page sous le n° 2420, élément essentiel à la construction du marché intérieur de l'Union, et en vertu, d'autre part, du principe de l'acceptation et de l'équivalence, fondé sur la confiance mutuelle, autre pilier sur lequel se construit et s'épanouit l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union (V. égal. *infra*, n° 2420).

Surtout que la Cour, dans l'arrêt *Piringer*, a eu l'occasion de rappeler que chaque État membre doit veiller à « l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services établi dans un autre État membre en raison de sa nationalité, mais également [à] la suppression de toute restriction à la libre prestation de services, même si cette restriction s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres États membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber, à gêner ou à rendre moins attrayantes les activités du prestataire établi dans un autre État membre, où il fournit légalement des services similaires » (125).

(123) C. Nourissat, *Quand la Cour de justice reconnaît les activités réservées des notaires : Defrénois* 30 mai 2017, n^os^ 10 et 12.

(124) Art. 56, al. 1^er^ : « Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un autre État membre autre que celui du destinataire de la prestation ».

(125) CJUE, 5^e^ ch., 9 mars 2017, aff. C-342/15, *op. cit.*, pt 49.

Réflexion prospective : l'arrêt *Piringer* et l'avènement d'un notariat transfrontière

L'arrêt *Piringer* annoncerait-il donc l'avènement d'un notariat transfrontière, que d'aucuns appelleraient de leurs vœux (126) ? Se basant sur cette culture commune de l'authenticité (V. *supra*, n° 2026) servant de socle à tous les notariats latins des vingt-deux États membres qui en connaissent, serait-il vraiment possible de « donner chair au notariat européen » (127) ?

Certains auteurs en doutent (128), car comment permettre à un notaire espagnol d'accéder au fichier immobilier du service de la publicité foncière, dont les règles de fonctionnement, de contrôle et d'inscription sont très différentes du registre espagnol ? Pour que la concurrence entre notaires européens soit possible, encore faut-il que le notaire de l'État membre qui établit la prestation soit soumis dans son État aux mêmes règles et conditions que celles de l'État membre où la prestation se trouve exécutée.

À cet égard, la Cour insiste sur le contrôle strictement exercé par l'État membre, d'autant que quelques difficultés réelles surgissent :

- comment pouvoir contrôler dans ces conditions un notaire établi dans un autre État membre, pour s'assurer de la validité de la signature, de l'acte, et des formalités y relatives (129) ?
- comment accepter que la collecte de droits dus à l'État français soit effectuée par une autorité publique étrangère, eu égard à la souveraineté nationale de chaque État membre, sur laquelle l'État recevant l'impôt ne peut exercer aucun contrôle sur l'« agent collecteur » étranger ? *Quid* du lien de réciprocité unissant de façon solidaire et particulière l'État et son représentant, dont il a été parlé dans l'arrêt *Colegio de Oficiales marina mercante española* ? (V. *supra*, n° 2040) ;
- comment – et sur quelles bases surtout – pourrait être mise en œuvre par le droit de l'Union la reconnaissance d'une autorité publique européenne, dont avant même une définition (autonome ?), le concept même reste entièrement à élaborer, avant toute autre avancée sur cette voie ?

Sous ces réserves seulement – reconnaissance d'une autorité publique relevant du droit européen ; coordination des modalités de contrôle identiques pour des conditions d'exercice identiques dans des États membres ; intégration des matières douanière, fiscale et administrative dans les chefs de compétence de l'Union, ne relevant plus des attributs de la souveraineté nationale –, le notariat européen pourrait alors effectivement prendre chair.

Commencerait alors une ère nouvelle où un espace européen de sécurité juridique pourrait être consacré, et dans lequel le notaire, officier public, nommé par l'autorité publique qui lui déléguerait une parcelle de puissance publique pour l'exercice de ses fonctions, serait pleinement reconnu comme agent public, remplissant une mission de service public notarial européen.

Cette évolution remarquable que l'arrêt *Piringer* (130) amène à relever conduira-t-elle la Cour encore plus loin, c'est-à-dire à reconnaître le notaire comme étant aussi une juridiction ? En effet, certaines prérogatives attachées aux activités notariales pourraient laisser penser que le notaire pourrait être classé comme une autorité juridictionnelle. **2047**

(126) C. Nourissat, *op. cit.*, n° 12.
(127) *Ibid.*
(128) V. Bouhier, *Les notaires : une compétence reconnue et protégée en droit de l'Union*, *op. cit.*, p. 10.
(129) En matière successorale seulement, le problème a été résolu pour l'établissement du certificat successoral européen (CSE). Une procédure particulière est prévue en cas de contestation ou de recours contre un CSE établi par un notaire exerçant dans un autre État membre que celui accueillant le certificat successoral européen : l'article 72 du règlement (UE) n° 650/2012 prévoit que toute personne habilitée à présenter une demande de certificat peut former un recours contre toute décision rendue par l'autorité émettrice ; ce recours est formé devant une autorité judiciaire de l'État membre dont relève l'autorité émettrice conformément au droit de cet État.
(130) P. Callé, *Du monopole des notaires pour l'authentification des signatures apposées sur les documents nécessaires à la création ou au transfert de droits réels immobiliers : Defrénois* 7 sept. 2017, n° 17, chron. p. 55, art. 127u8.

Par exemple, le règlement refondu Bruxelles I *bis* n° 1215/2012 du 1er décembre 2012, dans son article 3 a), reconnaît expressément en tant que juridiction le notariat hongrois dans les procédures sommaires, concernant les injonctions de payer.

Mais la réponse, en l'état de la jurisprudence et des instruments européens, ne peut qu'être négative. Elle est d'ailleurs très bien illustrée par les deux prochains arrêts examinés ci-dessous, les arrêts *Pula Parking* et *Ibrica*.

II/ Arrêts *Pula Parking* et *Ibrica*

2048 Le 9 mars 2017, deux autres arrêts sont rendus par la Cour de justice de l'Union européenne, qui intéressent également au premier chef le notariat, sous l'angle cette fois des règlements « Titre exécutoire européen » et « Bruxelles I *bis* » (131).

Ces deux arrêts concernent le notariat croate, et plus particulièrement les attributions qui lui sont conférées en matière d'ordonnance d'exécution forcée.

La Cour de justice est amenée à se prononcer sur la question de savoir si le notariat croate, qui exerce des fonctions juridictionnelles certaines en rendant des ordonnances d'exécution forcée, doit pour autant être reconnu comme une juridiction à part entière.

Dans la première affaire, *Pula Parking* (132), la Cour doit dire si :
- une procédure d'exécution forcée diligentée par une personne de droit privé, domiciliée en Croatie, délégataire par une collectivité publique (une commune) de l'exploitation commerciale d'un parking public, à l'encontre d'un débiteur domicilié dans un autre État membre (en Allemagne), relève du champ d'application du règlement Bruxelles I *bis* ;
- le notaire croate, compétent pour délivrer des ordonnances d'exécution forcée dans les conditions prévues par le droit croate et destinée à être exécutée dans un autre État membre, agit en tant que juridiction ou pas.

Dans cette affaire, la Cour :
- confirme, d'une part, que la délégation de service public de l'exploitation commerciale d'un parking public par une personne de droit privé relève bien du champ d'application de Bruxelles I *bis*, le recouvrement d'une créance impayée ne présentant aucun caractère punitif, mais constituant simplement une contrepartie d'un service fourni, visé à l'article 1er du règlement ;
- considère que le notaire croate, même s'il est compétent dans les matières relevant de l'exécution forcée au vu seulement de documents « faisant foi », ne peut être assimilé à une juridiction au sens strict, du fait de l'absence notamment de caractère contradictoire à la procédure de délivrance (133).
  En outre, dans le cadre du principe de confiance et de reconnaissance mutuelles devant gouverner les rapports entre les États membres, le traitement et l'exécution des décisions judiciaires des juridictions d'un État membre doivent être assurés de façon équivalente en vue de leur égale exécution dans les États membres.
  Or, compte tenu de la diversité et de la différence des attributions que les notariats peuvent connaître selon les États, le principe de reconnaissance mutuelle ne peut être assuré en la matière.

(131) Ces arrêts ont été commentés par M. le Professeur C. Nourissat, *Le notaire n'est pas une juridiction : Procédures* mai 2017, n° 5, comm. 90 ; *Chronique 2016 de droit notarial de l'Union européenne : Defrénois* 15 mars 2017, n° 5, p. 317, nos 5 à 10 ; *Le notaire n'est pas une juridiction au sens des règlements européens de coopération judiciaire civile : JCP* N 26 mai 2017, n° 21, 1184.
(132) CJUE, 9 mars 2017, aff. C-551/15.
(133) CJUE, 9 mars 2017, aff. C-551/15, pt 54.

Dans la deuxième affaire, l'affaire *Ibrica* (134), la Cour a dû se prononcer sur les points suivants :

- le notaire croate, compétent en matière de procédure exécutoire forcée selon le droit croate, doit-il être considéré comme une juridiction, de sorte que les notions de juge, tribunal et juridiction englobent également les notaires ?
- les ordonnances d'exécution forcée délivrées par les notaires croates sur le fondement « d'un document faisant foi », selon l'expression consacrée par le droit matériel croate, peuvent-elles être à l'origine de la délivrance des certificats de titre exécutoire européen prévus par le règlement « TEE » se rapportant à des ordonnances d'exécution définitive et exécutoires ?
- si tel n'est pas le cas, une juridiction peut-elle délivrer un certificat de titre exécutoire européen au vu d'une ordonnance d'exécution délivrée par un notaire croate, lorsque cette dernière porte sur une créance incontestée, et dans ce dernier cas, quel est le formulaire à utiliser ?

La Cour a répondu à la première question de façon identique à la première affaire, à savoir que le notaire ne peut être considéré comme une juridiction *stricto sensu*.

S'agissant de savoir si le notaire croate pouvait délivrer, au vu de son ordonnance d'exécution forcée, un certificat valant titre exécutoire européen au sens du règlement n° 805/2004, la Cour a répondu négativement.

En effet, pour cette dernière, même si l'ordonnance de droit croate est délivrée par un notaire croate (notaire qui aura par nature instrumenté un acte authentique au sens de l'article 4-3 du règlement [CE] n° 805/2004 ; V. *supra* , n° 2036), même en l'absence d'opposition de la part du débiteur, les conditions de reconnaissance expresse par ce dernier de la créance faisant défaut dans cette procédure, l'« acte authentique ne peut être certifié en tant que titre exécutoire européen » (135).

Pour autant, il semble intéressant ici de faire un parallèle avec l'acte authentique notarié français, certifié en tant que titre exécutoire européen pour une circulation dans l'Union, conforme au principe de reconnaissance mutuelle.

En conclusion, et parce qu'il n'y a pas de façon plus pertinente pour synthétiser les développements qui précèdent, il suffit de reprendre les propos du professeur Nourissat qui écrit simplement : « Un notaire n'est pas un juge ; un avocat n'est pas un notaire. Et réciproquement... » (136).

À retenir des arrêts *Pula Parking* et *Ibrica*

- La compétence du notaire croate dans les matières relevant de l'exécution forcée, au vu seulement de documents « faisant foi », ne peut être assimilée à une compétence juridictionnelle au sens strict, du fait de l'absence du caractère contradictoire notamment dans la procédure de délivrance.
- Le principe de confiance et de reconnaissance mutuelles qui gouverne les rapports entre les États membres doit assurer de manière équivalente le traitement et l'exécution des décisions judiciaires des juridictions d'un État membre à un autre, ce que la diversité des attributions reconnues aux notariats dans les États membres ne permet pas.

(134) CJUE, 9 mars 2017, aff. C-484/15.

(135) CJUE, 9 mars 2017, aff. C-484/15, pt 56 : « En effet, conformément au considérant 5 du règlement n° 805/2004, l'article 3, paragraphe 1 sous d), de celui-ci prévoit qu'un acte authentique ne peut être certifié en tant que titre exécutoire européen que dans la mesure où le débiteur a, dans cet acte, expressément reconnu la créance ».

(136) C. Nourissat, *Quand la Cour de justice reconnaît les activités réservées des notaires... : Defrénois* 30 mai 2017, n° 10, p. 647, n° 11.

– Par conséquent, la délivrance par le notaire croate d'un certificat au vu de son ordonnance d'exécution forcée ne peut valoir titre exécutoire européen au sens du règlement n° 805/2004, à la différence du titre exécutoire européen délivré par le notaire français.

2049 Cette mise en lumière des notions fondamentales pour le droit de l'Union de service public réservé aux activités notariales, acte authentique, ou encore administration préventive de la justice était nécessaire pour mieux comprendre cet espace européen de justice, de sécurité et liberté.

Il est en effet impossible de construire cet espace européen sans reconnaître, à côté de l'autorité judiciaire, une administration préventive de la justice, termes, qui, à maintes occasions, ont pu être consacrés par les arrêts de la Cour (V. *supra*, n° 2044).

2050 Le rapport entretenu par le notariat français avec le droit international privé n'a cessé de se renforcer au fil des années. Pour preuve, il suffirait d'égrener, tout au long des trente derniers Congrès des notaires de France, l'approche internationaliste de chaque thématique abordée (137).

Cette pénétration du droit international privé dans la sphère notariale n'est pas due au hasard : le nombre d'Européens qui vivent en France augmente régulièrement ; ils s'y marient, divorcent, et y décèdent. En 2012, douze millions d'Européens vivaient dans un autre État membre que le leur, 170 000 divorces internationaux étaient comptabilisés en Europe, et 450 000 successions internationales s'ouvraient chaque année en Europe (138).

Cette mobilité internationale des populations correspond à ce que les notaires de France rencontrent au quotidien dans leur office, instrumentant des achats avec des non-résidents, ouvrant des dossiers de succession ou de divorces internationaux, ou encore devant préparer des contrats de mariage pour des couples internationaux, ou des pactes successoraux dans le cadre d'une planification de transmission d'un patrimoine mondial.

Et quel que soit le degré de complexité de la matière, l'attirance qu'ils peuvent éprouver pour elle, ou le plaisir même à s'y spécialiser en leur qualité d'officier public, lorsqu'ils en sont requis, les notaires doivent instrumenter avec le même devoir d'efficacité tout acte relevant de matières plus familières ou non (V. *supra*, n° 2010).

Ce service notarial, reconnu au-delà des frontières, est essentiel pour assurer à tout usager de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne la même qualité de service public, amené à gérer une justice préventive.

C'est pourquoi il est temps d'évoquer les conditions dans lesquelles les notaires peuvent être tenus de respecter des règles de compétence à dimension internationale.

(137) Pour quelques exemples, non exhaustifs : 88e Congrès des notaires de France, Grenoble, 1992, *Le notaire, le contrat et l'Europe* ; 90e Congrès des notaires de France, Nantes, 1994, *Protection de l'environnement, de la contrainte au contrat*, 2e commission, *Recherche des mêmes influences dans les pays : Canada, Allemagne, Belgique, Italie, Pays-Bas* ; 91e Congrès des notaires de France, Tours, 1995, *Le Droit et l'Enfant*, 1re commission, *La filiation*, Titre II, *L'adoption internationale* ; 93e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 1997, *L'investissement immobilier*, 4e commission, Partie II, *Fiscalité immobilière internationale : imposition du non-résident fiscal en France* ; 94e Congrès des notaires de France, Lyon, 1998, *Le contrat, Addendum* par R. Crône, *Le contrat dans ses aspects européens et internationaux* ; 95e Congrès des notaires de France, Marseille, 1999, *Demain : la famille*, 1re commission, *Demain la famille, quel concept ?*, Partie II, Titre 2, *Les familles internationales*.

(138) Statistiques données par P. Callé, *Le notaire, les actes notariés et le droit international privé*, in *Mél. à la mémoire de P. Courbe*, Dalloz, 2012, p. 76.

Si de nombreux ouvrages peuvent en effet traiter de l'office du juge dans l'application des règles de conflit de lois et de désignation de loi, très peu d'auteurs ont cherché à étudier les règles de compétence internationale pour les autorités non juridictionnelles.

Si très peu d'études ont pu être recensées pour les actes de juridiction gracieuse en droit international privé (139), deux auteurs se sont penchés sur la compétence des notaires à instrumenter dans un cadre international (140).

C'est la raison pour laquelle il est apparu intéressant, après avoir étudié l'idée d'un service public notarial international, d'évoquer un sujet peu couvert par la doctrine : la compétence internationale du notaire.

Section II La compétence internationale du notaire

2051 En établissant son acte authentique, le notaire français participe à l'administration de la justice préventive.

Si le droit de l'Union européenne peine à reconnaître un statut à l'officier public, ainsi qu'une fonction spécifique à l'acte authentique, c'est parce qu'il s'agit de deux points de droit distincts.

Cette distinction est mise en lumière dans la définition des domaines de compétence respectifs du notaire et de l'acte authentique, sous l'angle du droit international.

Pour ce qui est de sa compétence, le notaire – autorité publique non contentieuse désignée par l'État souverain en vue d'assurer le service public de l'authenticité des actes sur le territoire – ne peut instrumenter que dans le respect rigoureux des règles procédurales élaborées par sa propre loi, la *lex auctoris*. En d'autres termes, le notaire officiant au nom de l'État qui l'a désigné doit respecter les règles procédurales de l'ordre juridique duquel il est délégataire (*lex auctoris*). Ce principe de base en droit international privé est la traduction de la règle *auctor regit actum* (141).

Pour un auteur, la *lex auctoris*, tout comme l'autorité qui lui est soumise, est au service de la loi qui exige la production de l'acte notarié, laquelle, par voie de conséquence, est compétente pour en déterminer la sanction et les effets (142).

Ce principe amène à évoquer les méthodes pratiquées, comme par exemple celle de la prise en considération, à laquelle la jurisprudence donne « une place de choix en matière d'acte authentique, démarquant celui-ci des jugements » (143).

(139) La plus ancienne est celle de H. Motulsky (*Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé*, Travaux comité fr. DIP, 9-13e année, 1948-1952, p. 13-31), au sujet de laquelle, M. Bellet, président honoraire de la Cour de cassation a considéré qu'il s'agissait d'une « étude magistrale et quasi définitive » (*in Revue critique* 1979, 296). V. aussi l'étude plus récente de A.V.M. Struycken, *Quelques réflexions sur la juridiction gracieuse en droit international privé*, Travaux comité fr. DIP, 8e année, 1986-1988-1989. p. 105-143.

(140) M. Goré, *L'acte authentique en doit international privé*, Travaux comité fr. DIP, 14e année, 1998-2000-2001, p. 23-48. – P. Callé, art. préc. note *supra*, nº 69.

(141) Pour un approfondissement de la notion : P. Callé, *L'acte public en droit international privé*, thèse Caen, 3 déc. 2002, spéc. p. 128 à 132. Cet auteur prend cependant soin de bien distinguer la différence existant entre le respect des règles de procédures du *for*, essentiel pour illustrer le respect de la souveraineté de l'État dont le notaire est délégataire, et l'application de la loi étrangère au *for* qui doit être respectée lorsqu'elle a été déterminée selon les règles de conflit.

(142) M. Goré, art. préc., p. 26.

(143) M. Goré, art. préc. p. 26. La méthode de l'équivalence ou de la prise en considération sera analysée *infra*, nº 2402

Pour d'autres auteurs, la compétence internationale du notaire, autorité non judiciaire, n'apparaît pas : lorsque la compétence territoriale est illimitée, comme c'est le cas pour les notaires, leur compétence internationale est également illimitée (144).

La méthode de la prise en considération, tout comme celle de l'équivalence, ou encore celle de la reconnaissance, sera développée dans la partie suivante, ayant pour thème la circulation de l'acte authentique (V. *infra*, nos 2376 et s.).

Le sujet abordé sera ici limité au principe de la compétence internationale du notaire, et à quelques exceptions illustrées par une jurisprudence récente.

§ I Principe de la portée de la compétence internationale

2052 Pourquoi et quand la compétence du notaire embrasse-t-elle une dimension internationale ? Le notaire bénéficiant d'un champ de compétence illimité (V. *supra*, no 2051), il peut être requis par toute personne, physique ou morale, nationale ou étrangère, d'établir tout acte authentique dont les parties, l'objet ou les effets peuvent se trouver ou être produits en France comme à l'étranger, dans toutes les matières que la loi lui reconnaît de pratiquer.

Les seules réserves qui peuvent être faites à cette compétence illimitée reposent sur deux principes fondamentaux : le premier concerne le respect des dispositions d'ordre public, d'une part, et le second l'utilité et l'efficacité de son instrumentation, d'autre part. C'est ainsi que le notaire est confronté à des dossiers chargés d'éléments d'extranéité, dans tous ses domaines d'intervention.

Cette confrontation accentue massivement la pénétration du droit international privé dans l'activité quotidienne de tous les notaires. Ce mouvement profond conduit le notaire, qu'il soit installé en ville ou à la campagne, à en maîtriser les règles.

Car l'acte authentique pourrait-il être conçu autrement qu'un instrument à vocation internationale ?

Ainsi qu'il a été dit plus haut (V. *supra*, no 2026), l'authenticité est le tronc commun aux notariats de type latin. Ce point commun autour des règles de l'authenticité permet aux notaires, quels que soient leurs statuts et leurs fonctions dans les différents systèmes de droit, d'assurer une même mission de droit privé : l'authentification des actes.

Partant, il est permis de les catégoriser comme s'ils appartenaient à une organisation unifiée, dont les démonstrations les plus significatives sont les organismes de représentation mondiale (l'Union internationale du notariat latin) et européenne (Conseil des notariats de l'Union européenne).

C'est précisément pour cela que les règles de compétence territoriale, conçues pour l'administration du droit privé dans les affaires internes, peuvent être étendues à l'ordre international (145).

La Cour de cassation, dans un arrêt du 30 octobre 1963, a d'ailleurs eu l'occasion de mettre en pratique cette méthode, en transposant une solution de droit interne à une dimension internationale. Un commentateur a d'ailleurs pu écrire : « Il est en effet naturel de puiser

(144) P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, LGDJ, coll. « Domat », 11e éd. 2014, p. 340, no 488. Ces auteurs illustrent leur propos notamment par le décret du 7 février 1991 relatif aux attributions notariales des autorités consulaires, et particulièrement en évoquant son article 2 qui prévoit que les agents ont compétence à l'égard de tous les Français, et qu'ils peuvent également recevoir les actes destinés à être produits en territoire français par des ressortissants étrangers.

(145) P. Callé, *Le notaire, les actes notariés et le droit international privé*, in *Mél. à la mémoire de P. Courbe*, Dalloz, 2012, p. 78.

dans l'ordre interne, du fait de son antériorité, les principes de solutions qui gouvernent l'ordre international » (146).

En vertu de l'article 2 de la loi du 25 ventôse an IX, les notaires sont tenus de prêter leur ministère quand ils en sont requis.

De ce principe simple, il en est déduit que : « Concrètement, les notaires ne sont limités ni par la nature de l'acte, ni par la qualité des parties. Par transposition, il convient d'admettre que leur compétence internationale est, en quelque sorte, illimitée » (147).

Le principe d'une portée illimitée de la compétence notariale entraîne des conséquences compte tenu du principe de réciprocité applicable en la matière.

C'est ainsi que le notaire étranger pourra instrumenter un acte à la requête de personnes de nationalité française, domiciliées ou non en France, et pour des immeubles situés à l'étranger ou en France.

Toutefois, dans ce dernier cas, la loi du 28 mars 2011 a instauré dans le Code civil l'article 710-1 en vertu duquel tout acte ou droit doit, pour donner lieu aux formalités de publicité foncière, résulter d'un acte reçu en la forme authentique par un notaire exerçant en France.

De même, bien que la compétence internationale du notaire français soit illimitée, il existe des monopoles régionaux comme dans les cantons suisses, où seuls les notaires installés dans le canton du lieu de situation de l'immeuble ont le monopole d'instrumenter.

2053 Cela étant, la question a été posée de savoir s'il était possible de transposer les règles de compétence juridictionnelle aux notaires. Mais, à la démonstration, force est de constater qu'imposer des règles de compétence internationale au notaire serait tout simplement « imposer une contrainte aux parties, puisqu'aujourd'hui, aucune règle ne limite les compétences [du notaire] » (148).

Mais si le notaire n'a pas particulièrement à s'interroger sur sa compétence, encore faut-il qu'il vérifie, si l'acte qu'il reçoit est destiné à circuler à l'étranger, que son intervention soit effectivement efficace, ainsi qu'il a déjà été dit ci-dessus (V. *supra*, n° 2010).

Aujourd'hui peut-être plus que jamais, tant par l'édiction de règlements européens que par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour de cassation, des règles nouvelles s'annoncent.

De sorte qu'un travail de qualification s'imposera préalablement à tout notaire, afin de vérifier si son intervention est bien efficace.

§ II Exception à la compétence internationale

2054 Même si la compétence internationale du notaire ne s'identifie pas à celle du conflit de juridiction, elle y reste cependant liée.

Ainsi, par un arrêt du 20 avril 2017, la Cour de cassation censure partiellement un arrêt d'appel ayant désigné un notaire français pour connaître des opérations de partage d'un immeuble indivis situé en Espagne et appartenant à deux concubins domiciliés en

(146) Cass. 1re civ., 30 oct. 1963, *Scheffel*, cité par B. Ancel et Y. Lequette *in Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé (GAJFDIP)*, Dalloz, 5e éd., n° 37.
(147) P. Callé, art. préc., p. 78-79.
(148) P. Callé, art. préc., p. 81.

France (149), le seul tribunal compétent à connaître du litige, en vertu de l'article 22-1 du règlement n° 44/2001 (aujourd'hui refondu par le règlement [UE] n° 1215/2012 Bruxelles I *bis*) étant le tribunal du lieu de situation de l'immeuble.

Cette décision a eu les honneurs des commentateurs, à plusieurs titres.

En premier lieu, parce qu'au moyen de cet arrêt, la Cour de cassation marque un revirement notable, dans la mesure où moins de deux ans auparavant elle considérait que l'action en partage d'une indivision relevant d'une action mixte, l'article 22 lui était inapplicable (150).

La Haute Cour a finalement appliqué la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en vertu de laquelle l'action réelle immobilière est une notion autonome de droit européen. La Haute juridiction a abandonné la qualification d'action mixte de droit français (151) pour reconnaître à l'action en partage de bien indivis la qualification d'action réelle immobilière.

De cette manière, les hauts magistrats font entrer cette action dans le champ d'application de l'article 22 de Bruxelles I (aujourd'hui Bruxelles I *bis*).

En second lieu, parce qu'il résulte de ce nouvel éclairage que, conformément au principe *forum rei sitae immobilis*, le notaire désigné par le juge du lieu de situation du bien sera en toute logique un notaire du lieu de situation du bien, dans le respect des dispositions de l'article 22-1 du règlement Bruxelles I *bis*.

2055 L'existence d'une hiérarchie bien définie entre les règles de compétence internationales « privilégiées » (des articles 3, 14 et 15 du Code civil – qui n'ont qu'un caractère subsidiaire –) et des règles de compétence internes « ordinaires » se trouve de la sorte renforcée.

En tout état de cause, qu'elles soient « privilégiées » ou « ordinaires », ces règles sont sans incidence en matière de compétence internationale du notaire puisque ce dernier n'est pas une juridiction, selon le droit de l'Union européenne tel qu'il se construit par les règlements comme par la jurisprudence de la Cour de justice.

Pour autant, ainsi qu'a pu l'écrire un auteur, le droit de l'Union européenne en construction doit être envisagé au pluriel (152).

En effet, à côté des règlements européens et de la Cour de justice de l'Union européenne, le droit européen se façonne également au travers du respect, par le Conseil de l'Europe, de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de sa Cour régulatrice, la Cour européenne des droits de l'homme.

Cette dernière a rendu des arrêts dans l'histoire contemporaine qui ont été fondateurs pour l'avancée de notre droit positif, au moyen notamment de ses arrêts *Marckx* (V. *infra*, n° 2059), ou *Mazureck* relatifs à la filiation naturelle, ayant permis de réformer les législations belge et française sur l'égalité de traitement des filiations.

(149) Cass. 1re civ., 20 avr. 2017, n° 16-16.983, FS-PBI : *Defrénois Flash* 2017, n° 19, art. 139y2. – L. Perreau-Saussine, *Règlement Bruxelles I : les actions mixtes ne sont pas nécessairement exclues du champ de compétence exclusive des tribunaux de situation de l'immeuble : JCP* G 19 juin 2017, n° 25, 693. – C. Nourissat, *Chronique de droit notarial de l'Union européenne : Defrénois* 9 nov. 2017, n° 26, art. 130q8, p. 38.

(150) Cass. 1re civ., 23 sept. 2015, n° 14-50.031 : *JurisData* n° 2015-021238.

(151) En bref, l'action mixte a un objet à la fois réel et personnel : réel en ce que l'action porte sur un immeuble ; personnel parce que l'action en partage d'une indivision immobilière est une prérogative personnelle reconnue au coïndivisaire.

(152) E. Fongaro, *Droit patrimonial européen de la famille*, ss coord. É. Fongaro, LexisNexis, coll. « Actualité », 2013, p. 9, n° 22.

Plus récemment, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu des décisions concernant au premier plan le notariat et la perception que les magistrats de cette Haute juridiction peuvent avoir à l'égard de la fonction au sein de l'Europe.

C'est précisément ce point dont il va être question dans le chapitre qui suit.

CHAPITRE II Le notaire et l'acte notarié selon la Convention et la Cour européenne des droits de l'homme

2056 En premier lieu, un malentendu doit être évoqué : celui qui concerne le terme « droit européen » qui regroupe simultanément deux fondements juridiques très distincts.

Tantôt, l'expression « droit européen » fait allusion au droit de l'Union européenne (Commission, Parlement et Cour de justice de l'Union européenne), tantôt la même expression renvoie au droit issu de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et de sa Cour régulatrice, la Cour européenne des droits de l'homme.

Le chapitre précédent a entièrement été dédié à l'étude du rapport que le droit de l'Union européenne peut entretenir avec l'institution notariale.

S'il est vrai que la construction européenne se réalise dans le respect du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (par abréviation TFUE), et de son droit dérivé, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (par abréviation la Convention) sur laquelle se fonde la Cour européenne des droits de l'homme pour développer sa jurisprudence participe aussi, activement, à la construction de la norme juridique européenne.

Pour cette raison, à plusieurs occasions, au travers de décisions majeures, la Cour a fait part de sa perception du notariat en général et de la fonction du notaire en particulier.

La première section portera sur la reconnaissance par la Cour européenne des droits de l'homme (par abréviation CEDH) de la contribution du notariat dans le développement de la sécurité juridique en Europe. Dans une seconde section, il sera tenté de mettre en lumière le rôle de l'office du notaire, également reconnu par la Cour, allant jusqu'à le désigner comme juge de l'amiable en Europe.

Section I La sécurité juridique et le notariat

§ 1 Les fondements du principe dans la Convention

2057 La sécurité réside dans le principe même de l'espace de liberté, justice et sécurité qui se construit au sein de l'Union européenne, que l'on retrouve dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (V. *supra*, n° 2026).

Elle demeure également une notion fondamentale pour le droit de la Convention et de la Cour européenne des droits de l'homme, puisant sa source dans le préambule de la Convention, et dans le principe édicté au sixième alinéa, faisant allusion au respect de la liberté, et à la prééminence du droit.

Ce principe de sécurité juridique est illustré par les arrêts *Brumarescu* et *Marckx*, objet des développements qui suivent.

A/ L'arrêt *Brumarescu*

2058 La Cour a rendu un arrêt *Brumarescu* c/ *Roumanie* le 28 octobre 1999, dans lequel elle indique que l'« un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit est le principe de la sécurité des rapports juridiques qui veut, **entre autres**, que la solution donnée de manière définitive à tout litige par les tribunaux ne soit pas remise en cause » (153).

Cette affirmation de la Cour fait suite à l'observation qu'elle a pu tirer du fait que : « Le requérant peut incontestablement se prétendre victime du fait de l'annulation d'une décision judiciaire en sa faveur, décision qui était devenue définitive, et du constat que les tribunaux n'étaient pas compétents pour examiner des actions en revendication telles que celle qu'il avait introduite » (154).

Cet arrêt *Brumarescu* porte sur la violation par la Roumanie de l'article 6, § 1 (droit à un procès équitable) et de l'article 1 du Protocole n° 1 (droit au respect de ses biens) (155).

Parce qu'il porte sur le droit de propriété, l'arrêt *Brumarescu* retient l'attention : la propriété, le patrimoine, sont en effet des matières constituant le cœur du métier du notaire.

Mais un autre élément, peut-être plus important encore, justifie surtout l'attention pour cet arrêt. Dans son affirmation, la Cour ne cantonne pas le principe de la sécurité juridique pour les besoins d'un procès équitable : elle érige la sécurité juridique en principe général, élargissant l'application de ce principe nécessaire à d'autres domaines que celui du procès équitable de l'article 6. L'utilisation de l'expression « entre autres », ne semble souffrir aucune ambiguïté : la matière du procès équitable est une matière au même titre que d'autres, devant se fonder, pour une bonne administration du service judiciaire, comme pour les rapports juridiques entre particuliers, sur une sécurité juridique, gage de pérennité et de stabilité d'une société démocratique (156).

En rendant l'arrêt *Brumarescu*, la Cour européenne des droits de l'homme ne se limite pas en effet à la reconnaissance de l'autorité de la chose jugée. Comme ont pu l'indiquer certains auteurs, « la CEDH admet donc que la sécurité des rapports juridiques puisse être recherchée et établie au nom de la prééminence du droit, élément du patrimoine commun des États membres du Conseil de l'Europe, indépendamment et en amont de l'activité des seuls tribunaux » (157).

En fait, l'arrêt *Brumarescu* n'est pas le premier que la Cour a rendu en énonçant les principes fondateurs de la sécurité juridique.

Vingt ans auparavant, dès 1980, les notaires belges ont eu à adapter leur pratique, après la condamnation de la Belgique par la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt retentissant en son temps, l'affaire *Marckx*. Par cet arrêt, la Cour régulatrice consacre et

(153) CEDH, 28 oct. 1999, n° 2843, *Brumarescu* c/ *Roumanie*, pt 61.

(154) CEDH, préc., pt 50.

(155) L'article 1 du Protocole n° 1 est ainsi libellé : « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ».

(156) Dans leur article *La légitimation du notariat par le droit européen des droits de l'homme* (*JCP* N 1er mai 2015, n° 18, art. 1147, p. 51 et s.), J.-P. Marguénaud, C. Dauchez et B. Dauchez font une analyse poussée de la locution « entre autres » utilisée par la Cour, ainsi qu'une étude très fouillée des conséquences induites de l'articulation des principes conjugués énoncés dans les arrêts *Brumarescu* et *Marckx* pour le notariat européen.

(157) J.-P. Marguénaud, C. Dauchez et B. Dauchez, *La légitimation du notariat par le droit européen des droits de l'homme : JCP* N 1er mai 2015, n° 18, p. 51, n° 5.

démontre le principe fondamental de sécurité juridique qu'elle entend reconnaître et faire respecter.

B/ L'arrêt *Marckx*

2059 Dans l'arrêt *Marckx*, rendu le 13 juin 1979 (158), la Cour condamne la Belgique pour violation notamment des articles 8 (respect de la vie privée et familiale), 14 (interdiction de discrimination), mais également pour violation de l'article 1 du Protocole n° 1 (159).

L'arrêt *Marckx* a déjà été l'occasion pour la Cour de s'exprimer sur la force de ce principe inscrit dans le droit de la Convention : « Le principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire, dispense l'État belge de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé du présent arrêt » (160). Pour rappel, avec l'arrêt *Marckx*, la Cour a condamné la Belgique pour violation des droits patrimoniaux revenant aux enfants naturels, en affirmant notamment que : « En reconnaissant à chacun le droit au respect de ses biens, l'article 1 (P1-1) garantit en substance le droit de propriété. Les mots "biens", "propriété", "usage des biens", en anglais "possession" et "*use of property*" le donnent nettement à penser ».

Filiation, propriété, successions, autant de matières dans lesquelles le notariat puise sa raison d'être, et pour lesquelles l'institution assure avec cohérence, respect et sous le contrôle strict de l'État, un service public de la sécurité juridique.

Les bases sont désormais posées « pour servir de fondement à la promotion européenne d'une sécurité juridique préventive qui ne saurait se concevoir sans le notariat » (161).

2060 Le notariat a en effet une place à part entière à tenir, pour la Cour européenne des droits de l'homme, dans la préservation et le renforcement de la sécurité juridique au niveau européen.

Les arrêts qui suivent témoignent de la volonté de la Cour de voir appliquer ces principes au notariat.

§ II Pour quelques applications du principe

2061 La Cour a eu l'occasion par deux fois au moins de rendre des décisions dans lesquelles le notariat est directement concerné.

Le 21 avril 1998, l'arrêt *Estima Jorge* c/ *Portugal* a été rendu sur la question de la reconnaissance de la force exécutoire d'un acte notarié, tandis que le 18 novembre 2010, c'est l'arrêt *Richet et Le Ber* c/ *France* qui est rendu de façon remarquée, s'agissant de définir le statut du notaire, selon la Cour.

Ces deux arrêts font l'objet des lignes qui suivent.

(158) CEDH, 13 juin 1979, accessible sur le site de la Cour européenne des droits de l'homme du Conseil de l'Europe.

(159) Le choix de cet arrêt, pour les besoins de la démonstration qui suit, s'est imposé comme étant le précurseur, avant le célèbre arrêt *Mazureck* c/ *France*, dont les griefs étaient identiques (violation des articles 8 et 14 de la Convention et de l'article 1 du Protocole n° 1), qui a été la cause finale à la réforme en France du droit de la filiation, et de l'égalité de traitement par la loi en matière de droits successoraux des différents types de filiations, naturelle, adoptive ou légitime – le type de filiation naturelle n'étant désormais plus composé de sous-groupes de filiations naturelles.

(160) Pt 58 de l'arrêt.

(161) J.-P. Marguénaud, C. Dauchez et B. Dauchez, art. préc., n° 6.

A/ Le notaire et la force exécutoire de son acte authentique

2062 Dans l'arrêt *Estima Jorge* c/ *Portugal*, la Cour européenne des droits de l'homme a eu à se prononcer sur l'existence ou l'absence de hiérarchie entre la force exécutoire d'un acte notarié et la force exécutoire d'un jugement.

Dans cette affaire, Mme Estima Jorge consentit en 1978 à un couple, par acte notarié, un prêt garanti par une hypothèque prise sur un immeuble. Ce prêt n'a pas été remboursé. Elle introduisit le 27 novembre 1981 devant le tribunal de Lisbonne une procédure d'exécution en remboursement du prêt hypothécaire et des intérêts. Après plusieurs rebondissements étalés dans le temps (dont une adjudication en 1985, annulée à la demande des services fiscaux), le bien objet de l'hypothèque a finalement fait l'objet d'une procédure de saisie fiscale. Il a été vendu en 1989 sur saisie à la requête des services fiscaux portugais, avant que Mme Estima puisse voir aboutir sa procédure d'exécution sur saisie démarrée dès 1981. Et ce n'est que le 8 janvier 1993 que le tribunal fiscal saisit le produit restant, et le 29 novembre 1994, que la requérante reçoit une somme correspondant au dédommagement, bien moindre que ce qu'il avait été prévu au contrat de prêt. Elle saisit la Cour le 27 octobre 1993, et lui demande de conclure à la violation de l'article 6, § 1, et de condamner l'État à l'indemniser.

Avec l'affaire *Estima Jorge*, la Cour a l'occasion pour la première fois de connaître une procédure litigieuse qui ne porte pas sur un jugement, mais sur un autre titre exécutoire, à savoir un acte notarié garantissant une créance déterminée. De ce fait, la procédure litigieuse ne visait que le recouvrement de la créance, et non sa contestation. Par conséquent, la Cour indique que :

- l'esprit de la Convention commande de ne pas prendre le terme « contestation » dans une acception trop technique et d'en donner une définition matérielle plutôt que formelle ;
- elle a déjà considéré que c'est au moment où le droit revendiqué trouve sa réalisation effective qu'il y a détermination d'un droit de caractère civil ;
- quelle que soit la nature du titre exécutoire, jugement ou acte notarié, la loi portugaise en confie l'exécution, selon une procédure identique, aux tribunaux judiciaires. Cette procédure d'exécution a été déterminante pour la réalisation effective du droit de la requérante. Partant, l'article 6, § 1 trouve à s'appliquer ;
- au vu des circonstances de la cause, qui commandent une évaluation globale, elle estime qu'un laps de temps de treize ans pour obtenir une décision définitive sur une demande fondée sur un titre exécutoire ne peut passer pour raisonnable. Il y a donc eu violation de l'article 6, § 1.

Il résulte de ce qui précède que l'acte notarié contenant la formule exécutoire a la même valeur juridique qu'un jugement, et que la loi portugaise qui impose dans l'accomplissement des voies d'exécution une procédure exclusivement réservée aux tribunaux judiciaires n'y change rien : le titre de créance en la forme notariée, dans la mesure où il constate en son sein la reconnaissance de la dette par le débiteur, emporte pleine et totale force exécutoire.

Certains auteurs ont même pu en déduire que « du point de vue du droit européen des droits de l'homme, cette assimilation du notaire à un juge gardien de l'authenticité des actes ouvre des perspectives remarquables. Par référence à l'article 6 § 1, elle permet d'envisager un droit à un notariat équitable (...). L'article 6 § 1 comprend aussi un droit d'accès au notaire » (162).

(162) J.-P. Marguénaud, C. Dauchez et B. Dauchez, art. préc., nº 15.

Au-delà de l'analyse de la force exécutoire de l'acte notarié, la Cour a eu l'occasion de se prononcer sur le statut du notaire, en particulier sur deux des caractéristiques qui y sont attachées : l'impartialité et le devoir de conseil.

B/ Le notaire, son impartialité et son devoir de conseil : l'arrêt *Consorts Richet et Le Ber c/ France*

L'arrêt *Consorts Richet et Le Ber* c/ *France* (163) va ici retenir l'attention, pour plusieurs raisons : **2063**

- l'arrêt concerne une décision prise par la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard de la France, qui va être condamnée ;
- l'arrêt concerne le respect du droit de propriété, matière essentielle dans l'activité notariale ;
- l'arrêt permet surtout de s'interroger sur l'« euro-compatibilité » (164) de certains actes, tout en reconnaissant une place à part à l'acte notarié dans la hiérarchie des actes publics ;
- ce faisant, la Cour va plus loin, en analysant certaines des caractéristiques propres au statut du notaire, officier public, son impartialité, son indépendance et son devoir de conseil indissociable de l'acte d'instrumenter et d'authentifier.

Les faits de l'affaire sont les suivants :

Une famille, les *consorts Richet et Le Ber*, est propriétaire de l'île de Porquerolles, dont elle souhaite vendre la majeure partie à des investisseurs dans les années 1970.

L'État interfère et propose d'acquérir à l'amiable les biens immobiliers, compte tenu de la très haute valeur environnementale et de la nécessité de préserver ce site naturel à protéger. L'État, conscient qu'une procédure d'expropriation pourrait déboucher sur une indemnité bien supérieure aux possibilités financières pour une telle opération, parvient à un accord, après négociation. Parmi les termes de la négociation, figure notamment l'engagement par l'État de maintenir les droits à construire sur la partie restant la propriété des vendeurs, permettant notamment l'agrandissement d'un hôtel existant, la construction d'une fondation pour héberger des handicapés, et quelques biens immobiliers par le biais de lotissements à créer. Un accord est trouvé, et les actes sont passés en la forme administrative, devant le préfet du Var en mai 1971.

Quelque temps plus tard, le plan d'occupation des sols (POS) de la commune de Hyères gèle complètement les potentialités de construire, et certains permis de construire déposés par les *consorts Richet et Le Ber*, pourtant garantis dans le cadre des accords négociés avec l'État, sont systématiquement refusés.

Cette situation amène les consorts à demander la résolution de la vente de 1971, outre des dommages-intérêts, que toutes les juridictions tant civiles qu'administratives leur refusent, des premiers aux derniers ressorts des voies de justice.

Au civil, les juges des premier et second degrés considèrent que l'État ne pouvait pas garantir de droit à construire définitif au regard des règles d'urbanisme à venir, ce qui est confirmé le 19 décembre 2006 par la Cour de cassation, cette dernière estimant que l'interprétation des termes ambigus contenus dans les actes de vente ressortissait du pouvoir souverain des juges du fond qui n'avaient pas dénaturé les clauses. Elle approuve l'analyse

(163) Aff. *Cts Richet et Le Ber* c/ *France*, 18 nov. 2010, nos 18990/07 et 22905/07, sur le site de la Cour européenne des droits de l'homme : hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-101765?TID, consulté le 2 mars 2018.

(164) Expression empruntée à M. le Professeur C. Nourissat : V. *supra*, no 2044.

des juges, aux termes de laquelle l'État avait consenti la possibilité de construire en fonction de la réglementation applicable au moment de l'échange des consentements, sans garantir des droits à construire définitifs, quelle que pût être l'évolution ultérieure des règles d'urbanisme.

Quant au tribunal administratif, il déboute les consorts de leur demande, et le Conseil d'État, le 10 mars 1989 confirme le jugement, jugeant que les constructions prévues dans les demandes de permis de construire sont de nature, notamment par leur situation et leur architecture, à porter atteinte au site inscrit de Porquerolles, outre que l'alimentation en eau ne peut être assurée sans la construction par la commune d'équipements publics nouveaux hors de proportion avec ses ressources. Par ailleurs, il estime qu'aucune disposition du contrat ne présente de caractère exorbitant de droit commun et que le contrat n'a pas pour effet de confier aux demandeurs l'exécution d'un service public ; il considère que les tribunaux judiciaires sont seuls compétents pour connaître de sa demande. Il considère enfin, dans la mesure où les intéressés se prévalent du droit à indemnité résultant de l'article L. 160-5 du Code de l'urbanisme, que « les stipulations de ce contrat de droit privé par lequel [ils] renonçaient à une partie desdits droits ne sauraient constituer des droits acquis au sens de cette disposition législative ».

Toutes les voies de recours internes épuisées, c'est dans ces conditions que les héritiers de M^me^ Richet et M^me^ le Ber (les demanderesses étant décédées entre temps) saisissent la Cour européenne des droits de l'homme.

Cet arrêt *Consorts Richet et Le Ber* c/ *France* a été qualifié par certains auteurs comme étant un arrêt majeur à plusieurs titres (165) : la Cour européenne est amenée à se prononcer sur des notions essentielles relevant du droit de l'environnement (166), du droit civil des biens (167), et plus particulièrement, pour ce qui touche le présent propos, du droit notarial. Cet arrêt reconnaît non seulement la place tenue par l'acte notarié dans la hiérarchie des preuves, mais analyse également certaines des caractéristiques fondant le statut du notaire.

Le raisonnement de la Cour dans les points 95, 96 et 97 est très clair et se passe de commentaires :

Au point 95 de l'arrêt, la Cour précise qu'elle « ne peut suivre le Gouvernement dans son argumentation lorsqu'il prétend que l'État n'a pas pu leur concéder des droits définitifs, au motif qu'il n'aurait pas pu s'engager à garantir aux requérants le droit de construire en faisant fi des règles d'urbanisme susceptibles de changer dans le futur. Elle constate en effet que les actes de vente, dans la rédaction desquels l'État a joué un rôle particulièrement actif, étant à la fois partie, rédacteur et autorité de réception de l'acte par l'intermédiaire du préfet, ne précisent à aucun moment que la faculté de construire serait conditionnée aux règles d'urbanisme ».

Les points 96 et 97 suivent, allant de pair pour une parfaite compréhension de la perception que la Cour peut avoir de cette confusion entre rédacteur, partie et autorité de réception :

(165) J.-P. Marguénaud et B. Dauchez, *Nul ne peut être notaire et partie : émergence d'un nouvel adage européen ? Réflexions autour de CEDH 18 nov. 2010, Richet et Le Ber c/ France : JCP* N 8 juill. 2011, n° 27, 1209, p. 21 et s.

(166) J.-P. Marguénaud, *Chroniques des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (2010-2011), arrêt Consorts Richet et Le Ber : Rev. jur. env.* 2011, n° 4, p. 570 à 573.

(167) Th. Revet, *Propriétés et Droits réels, CEDH 18 nov. 2010 : RTD civ.* 2011, p. 150, n° 4, qui éclaire dans cet article la notion d'espérance légitime sur laquelle se base la Cour pour considérer qu'il y a bien eu violation par l'État français de l'article 1 du Protocole n° 1 ; pour un approfondissement de la notion, V. la thèse de W. Jean-Baptiste, *L'espérance légitime*, Limoges, 2009.

Point 96 de l'arrêt : « Compte tenu de la qualité même du cocontractant avec lequel ils traitaient – qui constituait indiscutablement un gage d'autorité, de bonne foi et du respect de la loi –, les requérants pouvaient légitimement penser que l'État était en mesure de leur accorder de tels droits et s'attendre à ce qu'il respecte ses engagements contractuels, nonobstant le changement ultérieur des règles d'urbanisme. Si l'État envisageait, avant l'acquisition de l'île, de conférer aux requérants des droits de construire selon le droit applicable en vigueur à l'époque, et de modifier ensuite les règles d'urbanisme, puis de procéder au classement du site – comme cela semble être le cas en l'espèce (paragraphe 23 ci-dessus) –, les requérants, qui se trouvaient par ailleurs en position de net désavantage en leur qualité de simples particuliers, pouvaient légitimement s'attendre à ce qu'il les informe clairement de son intention au moment des négociations et qu'il insère dans les actes de vente des clauses dénuées d'ambiguïté à ce sujet ».

Et le point 97 de conclure : « Enfin, il faut souligner que les actes de vente ayant été passés en la forme administrative devant le préfet du Var comme le permet le code du domaine de l'État, et non devant un notaire comme pour une vente immobilière entre particuliers, les requérants n'ont pas bénéficié **des conseils d'un notaire** sur la validité éventuelle des clauses des actes de vente mais ont dû se reposer sur le préfet, représentant de l'État ».

Dans cette affaire, l'État, partie à l'acte administratif, en a été également le rédacteur, en vertu des dispositions légales aujourd'hui devenues l'article L. 1212-4 du Code général de la propriété des personnes publiques (168).

Cette confusion des genres est clairement reprochée par la Cour, puisque ce mode opératoire a privé les cocontractants de l'État de recevoir les conseils d'un notaire, officier public, tiers impartial, tenu en outre à un devoir de conseil qui les aurait éclairés sur la situation, et aurait en tout état de cause évité l'insertion de clauses que la Cour de cassation a reconnues elle-même comme ambiguës.

Sans doute pourrait-on s'interroger sur la « conventionnalité » de ces dispositions légales, qui ne permettent pas de clarifier les situations, à une époque précisément où « tout n'est que raffinements de l'exigence d'impartialité, et traque impitoyable des formes les plus insidieuses de conflits d'intérêts » (169) ?

L'envie de conclure cette section en rappelant la définition du conseiller Réal est comme irrésistible (170), surtout lorsque cette relecture est faite en tenant compte des éléments que la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît au notaire dans l'arrêt *Consorts Richet et Le Ber* :

« À côté des fonctionnaires qui concilient et qui jugent les différends, la tranquillité appelle d'autres fonctionnaires qui, conseils désintéressés des parties aussi bien que rédacteur impartiaux de leur volonté, leur faisant connaître l'étendue des obligations qu'elles contractent, rédigeant les engagements avec clarté, leur donnant le caractère d'un acte authentique et la force d'un jugement en dernier ressort, perpétuant leur souvenir et conservant leur dépôt avec fidélité, empêchent les différends de naître entre les hommes de bonne foi et enlèvent aux hommes cupides avec l'espoir de succès, l'envie d'élever une injuste contestation.

(168) CGPPP, art. L. 1212-4 : « Les préfets reçoivent les actes d'acquisitions immobilières passés en la forme administrative par l'État et en assurent la conservation. Ils confèrent à ces actes l'authenticité en vue de leur publication au fichier immobilier ».
(169) J.-P. Marguénaud, C. Dauchez et B. Dauchez, art. préc., nº 2.
(170) Déclaration du conseiller Réal dans l'exposé des motifs de la loi du 25 ventôse an IX.

Ces conseils désintéressés, ces rédacteurs impartiaux, cette espèce de juges volontaires qui obligent irrévocablement les parties contractantes sont les notaires : cette institution est le notariat ».

Cette définition demeure encore d'actualité, tant les caractéristiques du statut du notaire, relatives à son impartialité, son indépendance, sa probité, son devoir de conseil ainsi que la force exécutoire revêtant l'acte notarié (171) qu'il rédige sont consubstantielles à l'authenticité, gage de sécurité des rapports juridiques.

Jusqu'à la notion de « juge volontaire », comprise dans la définition du conseiller Réal, et reconnue également par la Cour européenne des droits de l'homme, même si cette dernière reconnaissance vient perturber les lignes laborieusement posées par la Cour de justice de l'Union européenne à l'égard du notariat, dont elle ne lui a reconnu que des activités, en aucune façon (du moins pas encore) un statut, ni même une fonction quelconques.

Pour comprendre cette situation, certains auteurs proposent de considérer qu'« entre les deux arrêts rendus à quelques jours d'écart à Luxembourg et à Strasbourg il n'y a donc pas antagonisme mais une différence de degré » (172).

Contrairement à la Cour de justice de l'Union européenne, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît le notaire comme « juge de l'amiable » dans l'arrêt *Ana Ionita* c/ *Roumanie* rendu le 21 mars 2017, dont l'examen suit.

Section II Le notaire, magistrat de l'amiable selon la Cour européenne des droits de l'homme

2064 En rendant le 21 mars 2017 l'arrêt *Ana Ionita* c/ *Roumanie*, une étape majeure a été atteinte.

Avant cet arrêt, dans un premier temps, la Cour européenne des droits de l'homme avait pris soin de considérer le titre exécutoire notarié équivalant au jugement (aff. *Estima Jorge*, V. *supra*, n° 2062) (173).

Dans un deuxième temps, la Cour avait reconnu au notaire son impartialité, ainsi que le devoir de conseil inhérent à l'office d'instrumenter (V. *supra*, aff. *Cts Richet et le Ber*, n° 2063), ces deux éléments rendant nécessaire l'intervention du notaire dans une relation contractuelle.

En effet, la réception d'un acte administratif par le préfet – surtout si l'objet de l'acte est le transfert de propriété par des particuliers vendeurs – ne peut remplacer l'intervention du notaire, car les parties contractantes se trouvent « en position de net désavantage en leur qualité » de particuliers, et même si elles pouvaient « légitimement s'attendre à ce qu'il [le préfet] les informe clairement de son intention au moment des négociations et qu'il insère dans les actes de vente des clauses dénuées d'ambiguïté à ce sujet » (174), tel n'a pas été le cas. Elle en conclut que seule l'intervention du notaire assure un gage de probité, de sécurité et d'indépendance, le préfet n'ayant pas été en mesure de le fournir.

(171) D. Coiffard, *Authenticité et force exécutoire, l'arbre et le fruit : JCP* N 9 févr. 2018, n° 6, 1096, p. 21.

(172) J.-P. Marguénaud, C. Dauchez et B. Dauchez, *Le notaire, « magistrat de l'amiable » au regard du juge européen des droits de l'homme : JCP* N 8 sept. 2017, n° 36, 1257, n° 1 *in fine*.

(173) À la différence de la Cour de justice de l'Union européenne, dans le cadre des titres exécutoires délivrés par le notariat croate, qu'elle refuse d'assimiler à des décisions de justice, ou à des titres exécutoires européens : V. aff. *Pula Parking* et *Ibrica*, *supra*, n° 2048.

(174) Arrêt *Cts Richet et Le Ber* c/ *France*, pt 96 *in fine*.

Si la Cour a déjà eu l'occasion de se pencher sur l'organisation de la profession (175), avec l'arrêt *Ana Ionita* c/ *Roumanie*, elle approfondit l'analyse qu'elle fait du statut européen du notaire en cours d'édification progressive, par paliers.

Le 21 mars 2017, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît le notaire comme « magistrat de l'amiable ». Même si l'expression qu'elle utilise est (encore) mise par ses soins entre guillemets, d'aucuns s'accordent à penser que cet arrêt marque le début de la construction du statut européen du notaire (176).

§ 1 L'arrêt *Ana Ionita* : faits, actes et procédure

2065 Mme Ana Ionita, notaire à Bacău (Roumanie), a contesté le montant de la taxe professionnelle réclamée par l'Union notariale des notaires publics de Roumanie (par abréviation UNNPR). Malgré un blâme prononcé contre elle par la Chambre de discipline de l'UNNPR, elle refuse toujours de payer ses cotisations. La sanction tombe le 14 juillet 2006, date à laquelle elle se trouve suspendue sur ordre du ministre de la Justice, jusqu'à ce qu'elle paie les cotisations dues, ce qu'elle fait finalement. Le 10 août 2006, Mme Ana Ionita est rétablie dans ses fonctions de notaire.

Le 22 août 2006, elle agit en justice, dans l'espoir d'obtenir *a posteriori* l'annulation tant des blâmes que de la suspension, ce qui lui est refusé par la Haute Cour de cassation et de justice de Roumanie en juin 2007.

Avant même de connaître la décision de la Haute Cour de cassation, elle participe en septembre 2006 à une émission télévisée, au cours de laquelle elle fait des déclarations retentissantes tant sur le fonctionnement de l'UNNPR que de la Chambre des notaires de Bacău (CNB), outre celles formulées personnellement à l'endroit du président de la CNB (dont certaines dépassent le cadre strictement des fonctions professionnelles de ce dernier). Autrement dit, elle règle ses comptes notamment avec le président de la CNB en raison des fonctions qu'il avait eues pendant la période communiste.

L'UNNPR, qui a jugé ces déclarations et affirmations attentatoires à l'honneur et à l'image tant de l'UNNPR que de la CNB, demande à son Conseil de discipline de suspendre la notaire à titre disciplinaire pour une période de quatre mois. Mme Ana Ionita conteste une nouvelle fois devant le Conseil de l'UNNPR la sanction qui lui est infligée, contestation qui ne prospère pas.

Toutes les voies professionnelles épuisées, le litige est mené devant les tribunaux judiciaires, tant par la plaignante que par l'UNNPR, qui finalement considère insuffisante la sanction infligée (suspension de quatre mois). La cour d'appel de Bacău rejette les deux actions.

La notaire se pourvoit en cassation, soutenant notamment une atteinte à sa liberté d'expression, pourvoi qui ne prospère pas non plus, la Haute Cour, par arrêt rendu le 6 février 2009,

(175) Arrêt *OVR* c/ *Russie*, 3 avr. 2001, no 44319/98, dans lequel la Cour considère que l'organe professionnel des notaires ne constitue pas une association au sens de l'article 11 de la Convention (liberté d'association et protection de cette liberté), puisque cet organe de régulation a pour objectifs de réguler et promouvoir la profession qu'il représente, tout en exerçant d'importantes fonctions de droit public pour la protection du public. Une telle instance représentative ne peut donc être comparée à un syndicat, mais fait partie intégrante des structures de l'État ; pour un autre arrêt, V. *Chambre nationale des notaires* c/ *Albanie*, 6 mai 2008, no 17029/05.

(176) J.-F. Pillebout : *JCl. Notarial Formulaire*, Vo *Notariat*, fasc. 12, 2. – D. Coiffard, *Authenticité et force exécutoire, l'arbre et le fruit : JCP* N 9 févr. 2018, no 6, 1096, p. 21. – J.-P. Marguénaud, C. Dauchez et B. Dauchez, *Le notaire, « magistrat de l'amiable » au regard du juge européen des droits de l'Homme : JCP* N 8 sept. 2017, no 36, 1257.

approuvant l'arrêt de la cour d'appel. Dans cet arrêt, les hauts magistrats décident que les propos tenus par la notaire lors de l'émission télévisée étaient diffamatoires à l'encontre des organismes professionnels, et que la sanction disciplinaire était proportionnée à la faute commise.

C'est dans ces conditions que la Cour européenne des droits de l'homme est saisie, et reçoit la demande de *Mme Ana Ionita* c/ *Roumanie*.

Pour la première fois, la Cour a l'occasion d'analyser le rapport que le notaire, cet officier public, doit entretenir à l'égard du principe de liberté d'expression protégé par la Convention.

§ II L'arrêt *Ana Ionita* : portée et conséquences pour le notariat

2066 Dans cet arrêt, pour la première fois la Cour européenne des droits de l'homme se penche sur le statut du notaire. Si elle qualifie le notaire de professionnel libéral, elle s'empresse de rajouter que « les notaires publics disposent de véritables prérogatives de puissance publique qu'ils reçoivent de l'État, lesquelles prérogatives confèrent aux actes qu'ils rédigent un gage d'authenticité » (177).

Ces prérogatives de puissance publique ne peuvent s'exercer qu'avec la « confiance publique » (178) à laquelle participe l'image de l'ordre professionnel du notariat qu'il convient de protéger, ce que ne manque pas de prévoir la déontologie notariale roumaine. À ce sujet, la Cour relève que la notaire était tenue à une obligation de loyauté, de réserve et de discrétion (179).

Et la Cour d'aller plus loin, en confirmant la pertinence de ses devoirs d'ordre déontologique, compte tenu du « rôle particulier qu'ils [les notaires] jouent, celui de "magistrat de l'amiable" » (180).

Protéger l'image de l'Ordre s'avère par conséquent nécessaire, afin de « maintenir la confiance de l'opinion publique à leur égard » (181).

Officier public, « magistrat de l'amiable », le notaire a besoin pour exercer de la confiance publique que place en lui l'État qui lui délègue l'autorité. Mais cette confiance publique n'est pas suffisante si elle ne va pas de pair avec celle que place également en lui l'opinion publique, émanation générale des usagers qui requièrent son office pour instrumenter les actes authentiques.

Dit autrement, l'image du notariat, ordre professionnel représentant les notaires, doit être protégée dans l'intérêt supérieur de la confiance publique qu'accordent aux notaires tant l'État qui les nomme que les usagers qui font appel à eux. Cette protection est nécessaire pour permettre au notaire d'officier au moyen des prérogatives publiques qui lui sont déléguées dans l'intérêt public d'une bonne administration de la justice préventive.

2067 Compte tenu de la contemporanéité entre l'arrêt *Piringer* rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 9 mars 2017, étudié plus haut (V. *supra*, nos 2042 et s.) et l'arrêt *Ana Ionita* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 21 mars suivant, devenu

(177) Arrêt *Ana Ionita* c/ *Roumanie*, devenu définitif le 21 juin 2017, pt 47.
(178) Pt 43 de l'arrêt.
(179) Pts 23 et 24 de l'arrêt.
(180) Pt 47 de l'arrêt, l'expression « magistrat de l'amiable » étant mise entre guillemets par les juges eux-mêmes dans la rédaction de l'arrêt.
(181) *Ibid.*

définitif le 21 juin 2017, il paraît intéressant de rapprocher ces deux décisions pour en tirer les conséquences suivantes.

2068 Par l'arrêt *Piringer*, la Cour de justice de l'Union européenne reconnaît la possibilité, pour un État connaissant un notariat de type latin, de réserver à ses notaires l'authentification des signatures des actes permettant l'accès au registre immobilier. Elle reconnaît également que le notaire participe de manière essentielle à la sécurité juridique des actes entre particuliers. Ces deux éléments, d'intérêt général pour la Cour, constituent une composante essentielle de l'administration préventive de la justice. Pour ces raisons, la Cour de justice de l'Union européenne reconnaît le notariat comme une catégorie particulière de professionnels à laquelle s'attache une confiance publique sur laquelle l'État membre concerné exerce un contrôle particulier.

Par l'arrêt *Ana Ionita*, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît de son côté la nécessité pour le notaire d'exercer ses fonctions avec la nécessaire confiance publique que doivent lui accorder à la fois l'État qui le nomme et le contrôle, et les usagers (qui forment l'opinion publique), qui bénéficient de son impartialité statutairement imposée (au même titre que les juges judiciaires) (182). Cette double confiance publique (de l'État et de l'opinion publique) est indispensable pour une bonne administration de la justice, à laquelle le notaire participe de façon préventive.

De ce raisonnement découle le choix de la Cour de désigner le notaire comme un juge de l'amiable (même si l'utilisation des guillemets témoigne que cette définition ne paraît pas – encore – naturelle à la Cour).

2069 La partie préliminaire qui vient d'être étudiée a permis de rappeler la définition en droit positif interne de l'acte notarié, facilitant de la sorte l'appréhension de la définition de l'acte notarié par le droit européen.

Cette étude de l'acte notarié en droit européen ne pouvait pas non plus se faire sans aborder la fonction du notaire, du moins l'approche que le droit européen peut avoir du statut du notaire, authentificateur des actes qu'il rédige et qu'il reçoit.

Cette partie préliminaire était également nécessaire pour nous permettre, à partir de ces fondamentaux, de nous lancer ensuite dans l'exploration du domaine préparatoire, rédactionnel, circulatoire et exécutoire de l'acte notarié dans un contexte international.

L'exploration de cet environnement spécifique, dans lequel le notaire intervient, avec les prises en considération des statuts spécifiques d'expatriés, de non-résidents, de salariés, de souscripteurs de contrat d'assurance vie et de contribuables d'une fiscalité internationale n'en sera que facilitée.

Les parties à venir traiteront précisément : d'abord des enjeux et de la méthodologie propres à la préparation et la rédaction de l'acte notarié international pour une circulation transfrontière **(Partie II)**.

Sera ensuite appréhendé le contexte international, si singulier avec toutes ses composantes (qu'elles soient fiscales – expatriation, double imposition, double exonération, etc. –, sociales et civiles), dans lequel l'intervention du notaire peut être requise **(Parties III, IV et V)**.

(182) Arrêt *Baka* c/ *Hongrie*, 23 juin 2016, nº 20261/12 : la Cour souligne que l'impartialité du magistrat est fondamentale dans un État de droit, afin de lui permettre de mener à bien sa mission dans la confiance du justiciable.

PREMIÈRE PARTIE

Préparation et rédaction de l'acte : enjeux et méthodologie

2070 Dans l'ordre juridique européen et international, la question de la place du notaire, de sa fonction et de son acte n'est pas nouvelle : il y a plus de trente ans, lors d'un colloque organisé par l'Institut international d'histoire du notariat intitulé « Le Notariat dans la Société, Histoire et Avenir » (183), la question avait déjà été posée en ces termes : « Quelle peut être en soi la nécessité de la fonction notariale et de son amélioration permanente ? Quel champ d'utilité cette fonction peut-elle offrir au citoyen tant sur le plan national qu'international ? » (184). Ces questions sont toujours d'actualité. Les travaux de la présente commission, dans sa deuxième partie, tenteront de présenter des solutions qui assureront l'efficacité de l'acte notarié à l'international.

Dans ce monde moderne, où tout tend vers une globalisation, le droit continental doit non seulement conserver sa place dans la norme, mais il doit surtout continuer à assurer au justiciable toujours plus mobile une pleine sécurité juridique internationale.

Cette modernité, qui amène à penser l'acte notarié au-delà des frontières de l'État dans lequel il a été dressé, devra relever plusieurs défis, à commencer par le concept de modernité qui est en soi déjà une gageure, comme a pu l'écrire le professeur Philippe Malaurie : « Je dois dire que le mot modernité est toujours un peu inquiétant, parce que, par définition, elle est changeante et elle est souvent éphémère. Ce qui était moderne hier ne l'est peut-être plus aujourd'hui, et sera peut-être demain obsolète » (185).

Pour autant, c'est bien l'expérience actuelle qui inspire les solutions de demain, comme a pu l'indiquer M. Robert Badinter, ancien ministre de la Justice (186). De plus, comment penser l'acte notarié dans un contexte international, sans avoir à l'esprit les mots de M. le Professeur Jean Favier : « Mêler le passé à l'avenir, en enjambant le présent, puisqu'aussi bien le passé constitue le présent et qu'il est une base de l'avenir » (187). N'est-ce pas précisément à partir de cette réflexion que peut se penser l'acte notarié à l'international ? N'est-ce pas en se basant sur le droit positif, données actuelles, qu'il nous sera possible de trouver à l'international des solutions pérennes pour demain ? Des solutions nouvelles, certaines déjà existantes à adapter, d'autres à inventer pour résoudre les problématiques que rencontre l'acte authentique international ?

2071 Des solutions nouvelles doivent être adaptées ou trouvées pour répondre au phénomène de mondialisation.

Pour cette raison, le notaire confronté à un élément d'extranéité en dressant son acte doit développer des réflexes propres au contexte international.

L'acte notarié, dans un contexte international, doit être préparé et rédigé selon une grille de lecture adaptée à la problématique rencontrée. Pour cette raison, la deuxième commission a adopté une méthode fondamentalement pratique, à travers laquelle seront soulevés des points de vigilance et proposées des solutions de rédaction en positionnant, dans la trame ordinaire d'un acte notarié, à chaque étape de sa rédaction, un élément constitutif à dimension internationale.

Le plan de cette partie sera par conséquent celui de toute trame d'un acte notarié, tel que celui que tous les notaires de France peuvent être amenés à rédiger quotidiennement.

(183) Les communications, exposés, débats lors de cette journée du 4 février 1986 ont été retranscrits intégralement dans la revue du Gnomon (*Revue internationale d'histoire du notariat* mars 1986, n° 48).

(184) Élocution de A. Moreau, président de l'Institut international d'histoire du notariat (*Rev. le Gnomon*, art. préc., p. 15).

(185) Ph. Malaurie, *L'authenticité*, éd. du Cridon, coll. « Conférences », 2001.

(186) R. Badinter a pu s'exprimer ainsi : « Les leçons du passé, à travers l'expérience immédiate se traduisent en propositions utiles pour l'avenir », *in Discours d'ouverture*, Rencontre Université/Notariat, 4 févr. 1986, art. préc. du *Gnomon*, p. 13.

(187) J. Favier, *Exposé d'entrée*, Rencontre Université/Notariat, art. préc., p. 16.

TITRE I

L'an deux mil dix-neuf : la date de l'acte

Le propos ici n'est pas de parler à nouveau de la date certaine de l'acte, sujet déjà évoqué dans la partie préliminaire à laquelle il est renvoyé (V. *supra*, n° 2015), ni d'évoquer son importance, sa preuve, ni la référence au calendrier grégorien actuellement en vigueur (ce qui ne laisse d'ailleurs pas de choix pour le calendrier musulman ou même républicain) (188). Le propos ici n'est pas non plus de souligner la condition indispensable à l'authenticité de l'acte que constitue la date (189). **2072**

Comme indiqué dans l'introduction, l'idée sera ici d'insérer un élément d'extranéité à la datation de l'acte, en se posant la question suivante : compte tenu de l'importance croissante du principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé, comme par exemple la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable au contrat (190), ne pourraient-elles pas aussi indiquer, en plus de la date et de l'heure française, la date et l'heure du fuseau horaire d'un autre pays dans lequel l'acte reçu va produire des effets d'ordre civil et (ou) fiscal ?

Puisque la date de l'acte contribue à la définition des régimes juridique et fiscal qui lui sont applicables au moment où il est passé (191), et puisque l'acte notarié peut être reçu n'importe quel jour, y compris les dimanches et les jours fériés (192), il serait envisageable de permettre aux parties d'adjoindre simultanément à la date de Paris (par ex. si l'acte se signe à Paris), celle de leur lieu de résidence habituelle ou fiscale (Melbourne – Australie, Quito – Équateur, etc.), pour des raisons qui leur seraient propres et légitimes. Il faudrait alors leur suggérer d'horodater l'acte (*i.e.* noter la date et l'heure de sa passation) et de déclarer que pour les effets juridiques que l'acte signé à Paris produit dans leur pays de résidence, il y aura lieu de tenir compte de la date de leur pays de résidence. Cette application du principe de l'autonomie de la volonté renforcerait ainsi encore un peu plus la prévisibilité de la loi applicable, principe fondateur parmi les plus importants du droit international privé.

Illustration des effets d'un choix quant à l'horodatage de l'acte international

Un acte de donation d'un bien immobilier doit être passé en France entre deux Australiens résidents habituels à Melbourne. Il s'avère que la fiscalité relative à une donation constatée à l'étranger qui devait faire l'objet d'une déclaration en Australie ne le sera plus, selon une nouvelle loi fiscale entrant en vigueur au 1er janvier.
Si les parties qui signent le 31 décembre à Paris à 19 heures leur acte de donation, en indiquant que pour la datation de l'acte, non seulement la date et l'heure de Paris (où se déroule la signature) déterminent les effets de l'acte, mais aussi et simultanément la date et l'heure appli-

(188) Ces éléments ont fait l'objet d'analyses poussées par le 111e Congrès des notaires de France, Strasbourg, mai 2015, *La sécurité juridique, un défi authentique*, p. 180, n° 1389.
(189) Une étude détaillée a été faite par S. Cabrillac et C. Jaquet, *La preuve de la date de l'acte : JCP* N 1er févr. 2013, n° 5, art. 1015, p. 33.
(190) Règl. Rome I, art. 3
(191) S. Cabrillac et C. Jaquet, art. préc., n° 5, p. 35.
(192) S. Cabrillac et C. Jaquet, art. préc., n° 6, p. 34.

cable selon la résidence fiscale des parties non résidentes (Melbourne – Australie), dans le respect du fuseau horaire de Melbourne, elles pourront alors bénéficier de la fiscalité plus avantageuse prévue à compter du 1er janvier à Melbourne : alors qu'il est 19 heures à Paris le 31 décembre, il est déjà 4 heures du matin le 1er janvier à Melbourne, et les parties bénéficient de la dispense de déclaration fiscale alors en vigueur à Melbourne, ville de leur pays de résidence (193).
Cet exemple nous permet d'appréhender l'intérêt d'un double horodatage de l'acte authentique, aucune base légale ne semblant de surcroît s'y opposer.
Attention toutefois à ce que parmi les horodatages indiqués, soit désignée naturellement la datation de l'acte au regard de notre propre fuseau.

TITRE II

Le lieu de signature

2073 Dans le respect de la méthode annoncée, la question qu'il convient de se poser quant au lieu de signature de l'acte notarié est de savoir pourquoi l'acte notarié à l'international ne peut pas être reçu par un notaire français qui se déplacerait à l'étranger, d'une part, et comment il le pourrait à l'avenir, d'autre part.

CHAPITRE I Principes du droit positif français

2074 Les principes, en droit positif français, sont les suivants :

Comme déjà indiqué dans la partie préliminaire, le notaire est un officier public, délégataire de la puissance publique (V. *infra*, nº 2012).

À ce titre, il agit au nom de l'État français, qui détermine les règles de compétence géographique permettant aux notaires d'instrumenter. Aujourd'hui, la compétence territoriale des notaires est nationale, sauf rare exception (194).

2075 La sanction pour avoir reçu un acte en dehors du territoire autorisé est soit la nullité de l'acte (si les parties contractantes n'ont pas toutes signé), soit la valeur amoindrie de l'acte, considéré seulement comme un acte sous signature privée (195).

(193) Pour une analyse détaillée de la notion de résidence en matière de fiscalité internationale, V. *infra*, Partie IV, Titre 1, Chapitre II, nº 2439.
(194) Le notaire nommé en France peut instrumenter sur l'ensemble du territoire national depuis le décret nº 86-728 du 29 avril 1986 ayant élargi la compétence territoriale à l'ensemble du territoire national, sauf en matière d'actes répétitifs que les notaires ne peuvent recevoir en dehors du ressort de leur cour d'appel : D. nº 71-942, 26 nov. 1971, art. 10.
(195) D. nº 71-942, art. 9, préc.

Il résulte de ce qui précède que les notaires exercent leurs fonctions sur l'ensemble du territoire national, à l'exclusion de la Nouvelle-Calédonie, de la Polynésie française, et des îles Wallis-et-Futuna (196).

La règle est aujourd'hui très claire : la faculté de recevoir un acte notarié appartient désormais exclusivement au notaire (et non plus au clerc habilité, dont la loi Macron a supprimé la fonction) (197), dans son étude habituellement, ou bien occasionnellement en dehors de son étude, avec ou sans comparution de toutes les parties à l'acte, ces dernières étant soit présentes, soit représentées ainsi qu'il sera dit ci-après.

Ces principes énoncés étaient justifiés dans une société française au sortir de la seconde moitié du XXe siècle, car l'office du notaire, en conférant l'authenticité aux actes qu'il recevait en la présence physique de toutes les parties à la signature, participait pleinement à la représentation collective de la sécurité juridique que pouvait avoir la société française, avant l'avènement de l'ère numérique.

Pour la doctrine, la réception de l'acte constitue même l'élément le plus important dans la définition de l'acte authentique : « Recevoir un acte signifiait être présent lors de l'échange des consentements des parties et, par conséquent, lors de l'apposition de signatures qui matérialisent cette expression de la volonté commune (...) Selon l'analyse traditionnelle, et bien loin d'être simplement l'une, parmi beaucoup d'autres, des solennités requises, la "présence réelle" est incluse dans la notion même d'authenticité. Elle en est, à la lettre, indissociable » (198) ; « L'officier public, d'après la loi, est là, présent à l'acte : il le reçoit, il le rédige, il le lit, il le signe. Quand il est absent, il n'y a plus d'acte authentique. C'est la présence effective de l'individu pourvu de pouvoirs spéciaux, attachés à sa personne, qui confère à l'acte une valeur particulière. Sans lui, il n'existe qu'un acte informe, sans caractère juridique » (199).

Mais aujourd'hui, bien des changements importants – structurels – sont intervenus, ayant contraint l'adaptation des règles tant de rédaction que de réception des actes notariés.

CHAPITRE II Évolutions et émergence de nouveaux besoins

2076 Les évolutions, tant sociologiques que technologiques, ont amené inéluctablement le notariat à s'adapter pour satisfaire de nouveaux besoins. De plus, les spécificités à l'international – peut-être plus qu'ailleurs – ont conduit le notariat soit à développer de nouvelles solutions, soit à améliorer certaines solutions existantes, pour composer avec les distances et autres obstacles techniques, culturels, ou logistiques rencontrés par le notaire en charge d'une clientèle internationale.

(196) D. nº 71-942, art. 8, préc., l'article 10 quant à lui, prévoyant la possibilité pour seulement un notaire titulaire d'un office à La Réunion de solliciter l'ouverture d'un bureau annexe dans le département de Mayotte.
(197) À l'exception toutefois des clercs qui ont été habilités avant l'entrée en vigueur de la disposition. Ces derniers continuent en effet à exercer leur habilitation à titre dérogatoire jusqu'au 1er janvier 2020.
(198) J. Flour, *Sur une notion nouvelle de l'authenticité (commentaire des art. 11 et 12 du D. nº 71_942 du 26 nov. 1971) : Defrénois* 1972, 1re partie, art. 30159, spéc. nos 4 et 5.
(199) J.-Ch. Laurent, note ss Cass. com., 27 mai 1952 : *JCP* 1953, II, 7348.

Section I Évolutions sociologiques et technologiques

§ I Évolutions sociologiques

2077 Pour des raisons liées aux études universitaires ou autres, aux obligations professionnelles, ou simplement dans l'espoir de passer paisiblement une retraite dans une région plus ensoleillée, la mobilité internationale des populations est sans cesse croissante.

Les citoyens, installés dans leur nouveau lieu de vie, ont naturellement des besoins d'ordre juridique, à la fois selon leur lieu d'installation et selon les lieux de situation de leurs biens, qu'ils souhaitent vendre, acquérir, donner, ou qu'ils partagent dans le cadre de divorces ou de successions.

C'est ainsi que se développent, pour renseigner ces candidats à l'expatriation, des salons nationaux.

2078 Ce phénomène d'expatriation est en pleine expansion. Selon un sondage en 2016, un salarié du privé sur deux serait prêt à s'expatrier (200), et le taux d'expatriation de 4,16 % a dépassé la moyenne de 3 % par an (201).

Selon un sondage Ipsos de mai 2018, deux Français sur trois aimeraient changer de vie, et 68 % en envisageant de partir à l'étranger (202).

La revue en ligne « Le petit journal.com » permet de diffuser l'actualité locale et internationale à la communauté des Français expatriés et des francophones. Le notariat français contribue activement à cette revue numérique en rédigeant des articles périodiques sur les matières de droit relevant de son domaine, en conférant une dimension internationale aux thèmes abordés.

§ II Évolutions technologiques

2079 Parallèlement, la révolution numérique est en marche forcée, et *le notaire, au cœur des mutations de la société* (203), se trouve être non seulement spectateur de ces évolutions, mais se doit surtout d'en rester un acteur majeur.

Le notariat n'a pas attendu la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique pour anticiper le passage à cette nouvelle ère : l'acte notarié dématérialisé existe depuis la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 relative à l'adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et signature électronique, et le décret n° 2006-973 du 10 août

(200) Sondage cité par R. Crône et L. Perreau-Saussine, *Expatriation : quelle organisation patrimoniale ? : JCP* N 1er déc. 2017, n° 48, art. 1321, p. 35, n° 2.

(201) Au 31 décembre 2016, 1 782 188 de nos compatriotes étaient inscrits au registre mondial des Français établis hors de France, soit une hausse de 4,16 % par rapport à l'année précédente. Cette augmentation, supérieure à celle observée en 2015 (le nombre d'inscrits avait alors seulement progressé de 1,8 %), est également supérieure à la tendance moyenne d'accroissement de la communauté française à l'étranger au cours des dix dernières années, à savoir une croissance annuelle moyenne de 3,4 %. C'est la deuxième fois depuis 2010 que l'on observe une augmentation de plus de 2,3 %, après la hausse de 6 % en 2011 (*in* Rapport 2017 du Gouvernement sur la situation des Français établis hors de France, Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères, p. 5).

(202) Sondage Ipsos publié en mai 2018, repris dans la *Revue Conseils des notaires* juill. 2018, n° 468, « Changer de vie ».

(203) Cette expression est le sous-titre du 113e Congrès des notaires, Lille, 2017, #Familles #Solidarités#Numérique.

2005 relatif aux actes établis par les notaires a modifié le décret du 26 novembre 1971 pour intégrer l'acte notarié électronique.

L'article 20 du décret précité prévoit même que : « Lorsqu'une partie ou toute autre personne concourant à un acte n'est ni présente, ni représentée devant le notaire instrumentaire, son consentement ou sa déclaration est recueilli par un autre notaire devant lequel elle comparait, et qui participe à l'établissement de l'acte, cet acte porte la mention de ce qu'il a été ainsi établi ».

2080 L'ordonnance n° 2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a modifié la définition de l'acte notarié.

Sans revenir sur la définition que le Code civil donne, déjà étudiée dans la partie préliminaire et à laquelle il est ici renvoyé (V. *supra*, n^{os} 2005 et 2006 et s.), il est cependant intéressant d'observer le toilettage opéré depuis le 1er octobre 2016.

Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance précitée, l'acte authentique était défini par l'article 1317 du Code civil qui édictait, dans son premier alinéa : « L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises ».

Depuis le 1er octobre 2016, l'article 1369 définit l'acte authentique comme suit : « L'acte authentique est celui qui a été reçu, avec les solennités requises, par un officier public ayant compétence et qualité pour instrumenter ».

L'évolution est remarquable : l'acte notarié n'est plus obligatoirement reçu dans le lieu où il a été rédigé, ce qui ouvre véritablement de nouvelles perspectives lorsque l'on est amené à penser l'acte notarié à l'international, malgré les règles relatives à la compétence territoriale à laquelle est rattaché le lieu d'instrumentation.

L'acte authentique n'étant ni automatiquement ni systématiquement reçu de façon simultanée (sauf exceptions, bien sûr comme par exemple les contrats de mariage, ou encore les testaments authentiques ou mystiques), il peut être reçu à deux endroits et à deux dates différentes (204), le tout, naturellement dans le respect des dispositions du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 (205).

2081 Évolution majeure du métier, l'acte notarié électronique a permis en outre au notariat de s'adapter, dès le début, à la révolution numérique que connaît le monde actuel.

La mobilité transfrontière croissante, d'une part, les nouvelles technologies, d'autre part, plongent l'office du notaire dans « cette profonde mutation [qui] se traduit par une mise en réseau du monde, une décentralisation dans la circulation des idées, et une refonte des modèles traditionnels » (206).

2082 Après avoir franchi l'ère informatique et celle du numérique, voilà que l'acte notarié, devenu aujourd'hui électronique, vient de franchir une nouvelle étape : il devient un acte authentique électronique signé à distance (AAED) : « Gagner du temps, optimiser les déplacements et faciliter les séances de signature. L'acte authentique électronique à distance (AAED) révolutionne le quotidien » (207).

Cet acte authentique électronique à distance est avant tout un nouveau confort pour les clients, qui leur procure notamment un gain de temps et crée une nouvelle interactivité.

(204) D. Montoux : *JCl. Notarial Formulaire*, V° *Acte notarié*, fasc. 32, n^{os} 114 et 124.
(205) Notamment les articles 6 et 8 dudit décret.
(206) 113e Congrès des Notaires de France, Lille, 2017, #Familles#Solidarités#Numérique, p. 704, n° 3043.
(207) *NVP (Notaires, vie professionnelle)* nov.-déc. 2017, n° 327, Cahier pratique, p. 5.

Cette révolution en cours (208) a fait l'objet d'un vote en assemblée générale du Conseil supérieur du notariat le 16 janvier 2018, qui a emporté les suffrages. La question posée était : « Dans un avenir proche, les notaires pourront-ils instrumenter à distance, en communiquant avec leur client par écrans interposés ? ». Le « oui » qui l'a emporté a été qualifié d'historique pour la profession par le président Didier Coiffard (209).

Cette résolution démontre une volonté du notariat d'envisager une signature à distance en France. Mais si l'une des parties se trouve à l'étranger, le droit positif ne permet pas actuellement cette hypothèse.

Faut-il souhaiter cette évolution, sachant, comme il est indiqué ci-après (V. *infra*, n° 2084), que les attributions notariales des agents consulaires sont supprimées depuis le 1er janvier 2019 ?

Illustration

M. Durand, de nationalité française et résident français, est propriétaire d'un appartement à Paris. Pourquoi le notaire français ne pourrait-il pas se rendre à Rome où M. Durand possède sa résidence secondaire pour recueillir, à l'aide de son ordinateur portable couplé à la fonction « Ballade » sa signature sur la procuration authentique, ou régulariser la vente depuis l'étranger, en connexion avec le notaire des acquéreurs, lui-même installé à Paris ?
Pour aller plus loin : le notaire de M. Durand, seul à instrumenter, ne pourrait-il pas, en son étude française, au moyen de l'acte authentique électronique, recevoir le consentement de son client, installé dans sa résidence secondaire à Rome, par écrans interposés ?

Quelques arguments pourraient plaider pour cette idée innovante. Ils apparaissent en même temps que de nouveaux besoins.

Section II Émergence de nouveaux besoins

2083 À ces phénomènes nouveaux, d'autres, à caractère institutionnel, viennent s'ajouter. Ils impactent directement le travail du notaire lorsqu'il rédige un acte international.

Ils sont de deux natures : **un désengagement complet du corps diplomatique et consulaire de l'État français dans les fonctions notariales, et le développement par le notariat français de nombreuses actions internationales**.

Ces deux phénomènes corrélés pourraient contribuer à la recherche de solutions nouvelles permettant au notaire de recevoir son acte international, à l'international.

2084 Depuis le 1er janvier 2019, le domaine spatial des attributions notariales des agents diplomatiques et consulaires est supprimé (210).

Pour rappel, jusqu'au 1er janvier 2019, il existait quarante-trois postes diplomatiques et consulaires dans lesquels étaient exercées les attributions notariales. Le réseau diplomatique et consulaire français est composé de cent soixante ambassades et quatre-vingt-neuf

(208) J.-F. Humbert, *Compte à rebours pour l'acte à distance : CSN-Actu (Newsletter du CSN)* mai 2017, n° 20, p. 1.
(209) J.-F. Humbert, *Acte à distance et blockchain : deux votes qui feront date : CSN-Actu* janv. 2018, n° 27, p. 2.
(210) A. 28 sept. 2018 : *JO* 9 oct. 2018.

consulats (211), outre les agences consulaires. Au total, « le réseau consulaire français reste l'un des plus denses au monde, avec près de 510 agences consulaires réparties dans 103 pays » (212). Le désengagement de l'État sur cette question entraîne la disparition pure et simple d'un service apporté aux ressortissants français expatriés (213), alors même que les besoins du service notarial consulaire croissaient de façon exponentielle, eu égard à l'augmentation importante d'expatriés français.

Le notariat se doit de trouver une solution pérenne, afin de maintenir une sécurité juridique indispensable. En effet, la réponse apportée par la circulaire n° 2018-8 du 18 décembre 2018 du Conseil supérieur du notariat indiquant qu'il n'existe pour l'instant pas de solution alternative dans un grand nombre d'États autre que de contraindre le client à se déplacer en France pour venir signer l'acte ne paraît pas satisfaisante.

2085 En effet les Français expatriés, ainsi que les ressortissants étrangers ayant besoin de services notariaux à l'étranger pour leurs affaires en France, ne peuvent pâtir des arbitrages des autorités publiques françaises, surtout si désormais, comme on l'a vu, le notariat peut explorer des pistes pour apporter des solutions à ce désengagement étatique devenu définitif, ce que le Conseil supérieur du notariat a indiqué dans la circulaire du 18 décembre 2018 précitée.

La cérémonie de signature de l'acte authentique électronique international à distance par écrans interposés ne serait-elle pas la solution ?

TITRE III

Par-devant

CHAPITRE I Rappel du principe

2086 Aujourd'hui, le notaire français est seul officier public compétent pour instrumenter sur le territoire national et recevoir ses actes authentiques.

(211) Il existe tout au mieux une ambassade de France dans les pays avec lesquels la France entretient des relations diplomatiques. Cependant, il peut exister plusieurs consulats dans ces mêmes pays. Site internet du ministère de l'Europe et des Affaires étrangères : www.diplomatie.gouv.fr/fr/le-ministere-et-son-reseau/missions-et-organisation-62169/le-ministere-en-chiffres/, mise à jour févr. 2017, consulté le 15 avr. 2018.

(212) Question au gouvernement, Assemblée des Français à l'étranger, réponse du secrétaire d'État du 19 octobre 2017 : www.assemblee-afe.fr/question-au-gouvernement-adressee-au-secretaire-d-etat-jean-baptiste-lemoyne.html, publié le 19 oct. 2017, consulté le 15 avr. 2018.

(213) Étant précisé que les ressortissants étrangers ayant besoin de services consulaires français pour des actes dont les effets doivent être produits en France fréquentaient, eux aussi, massivement les services consulaires français.

Délégataire d'une partie de la souveraineté de l'État français comme participant au fonctionnement d'un service public (214), le notaire doit recevoir lui-même l'acte authentique à peine de nullité, compte tenu de la disparition de l'habilitation des clercs (V. *supra*, n° 2075).

Cette obligation signifie que le notaire doit :
- recevoir les parties ;
- donner lecture, ou du moins assister à la lecture de l'acte, s'il ne la donne pas lui-même ;
- et recevoir en personne les signatures des parties.

À défaut, l'acte est privé d'authenticité (215).

CHAPITRE II Évolution du principe : un peu de prospective

2087 Qu'on les appelle de ses vœux, ou qu'elles intimident, des perspectives d'évolution peuvent être déduites de l'état des lieux que l'on peut faire, en considérant la résolution du Parlement européen du 8 janvier 1994 ou encore la place que prend l'autonomie de la volonté dans le droit international privé contemporain, dont l'impact sur la pratique notariale est loin d'être neutre.

Section I Résolution du Parlement européen du 8 janvier 1994

2088 Cette délégation de la souveraineté de l'État permettant l'office du notaire a été pleinement reconnue comme telle par le Parlement européen. En effet, aux termes de la résolution du 8 janvier 1994, il est indiqué ce qui suit :

« Le Parlement européen (...) conscient que l'activité du notaire se caractérise par une délégation partielle de souveraineté de l'État pour assurer en particulier le service public de l'établissement des conventions, de leur authenticité et l'égalité de leur force exécutoire et probante, ainsi que l'assistance préventive et impartiale prêtée aux parties intéressées pour décharger les tribunaux (...) :

1. constate que la réalisation du marché intérieur (...) est à l'origine d'un accroissement de la mobilité des sujets juridiques et d'une accélération des échanges de titres, actes et contrats, ce qui implique une croissance considérable de l'activité notariale à l'intérieur de tous les États membres de la Communauté dans le cadre du marché unique ;
2. prend note de ce fait de l'importance qu'acquiert le notariat (...) ;
3. tient à rappeler que la profession du notaire – tout en étant organisée de manière différente dans les douze États de la Communauté européenne (...) se caractérisent essentiellement par (...) :
   - une délégation partielle de souveraineté de l'État pour assurer notamment le servie public de l'authenticité des conventions et de la preuve ;
   - une activité indépendante exercée dans le cadre d'une charge publique sous la forme d'une profession libérale ;
   - une tarification réglementée et imposée dans l'intérêt des clients ;

(214) M. Niboyet-Hoegy, *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, Economica, 1986, p. 314 et s. – P. Callé, *L'acte public en Droit international privé*, Economica, 2004, n^{os} 74 et s.
(215) *JCl. Notarial Formulaire*, V° *Acte notarié*, fasc. 30, p. 10, n° 45.

- une fonction préventive à celle du juge, en éliminant ou réduisant les risques du litige ;
- un rôle de conseiller impartial ».

2089 Cette pleine reconnaissance par le Parlement de l'activité du notaire et de son statut, conjuguée à l'augmentation importante de l'application en France de lois matérielles étrangères, conduit à penser qu'il y a aujourd'hui nécessité d'adapter les méthodes de travail à l'international.

Section II L'autonomie de la volonté en DIP : ses effets pour l'acte authentique international

Sous-section I Nouvel état des lieux en droit patrimonial de la famille

2090 D'une manière générale, compte tenu du fait que l'autonomie de la volonté connaît un essor sans précédent dans les relations familiales internationales au fil des années et des instruments internationaux et européens, l'époque classique du droit international privé du XIXe au XXe siècle est bien révolue. À cette époque, les modèles familiaux étaient conservateurs et le droit international les suivait en cela, « comme l'ombre suit le corps » (216).

Une nouvelle période s'est ouverte, celle « de l'âge du libéralisme avancé en droit international privé de la famille » (217).

Pour en être convaincu, il suffit de constater, dans les règlements européens, l'importance de la volonté dans les choix proposés.

§ I En droit européen des successions

2091 Le règlement européen nº 650/2012, qui sera étudié par la troisième commission, prévoit dans ses articles 5 et 22 la possibilité pour les héritiers de trouver un accord pour choisir la juridiction compétente pour statuer sur la succession (218), lorsque le défunt lui-même a choisi sa loi nationale pour régler sa succession (219).

§ II En droit européen des régimes matrimoniaux et des partenariats enregistrés

2092 De même, les règlements européens nº 2016/1103 (« Régimes matrimoniaux ») et nº 2016/1104 (« Partenariats enregistrés »), également étudiés par la troisième commission, prévoient dans leur article 7 que les parties peuvent choisir les juridictions compétentes pour régler tout litige (220).

Ils prévoient également dans leurs articles 22 la possibilité pour les parties de désigner la loi applicable (221).

(216) P. Kinsch, *Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit national et en droit européen*, in *L'autonomie de la volonté dans les relations internationales*, ss dir. A. Panet, H. Fulchiron et P. Wautelet, Bruylant, sept. 2017, p. 15, nº 3.
(217) *Ibid.*
(218) Règl. (UE) nº 650/2012, art. 5, 1er al.
(219) *Ibid.*, art. 22-1, 1er al.
(220) Règl. (UE) nº 2016/1103 (« Régimes matrimoniaux »), art. 7-1, et Règl. (UE) nº 2016/1104 (« Partenariats enregistrés »), art. 7-1.
(221) Règl. (UE) nº 2016/1103 (« Régimes matrimoniaux »), art. 22-1, et Règl. (UE) nº 2016/1104 (« Partenariats enregistrés »), art. 22-1.

§ III En droit européen du divorce

A/ Rome III

2093 L'article 5 du règlement (UE) nº 1259/2010 (« Rome III »), prévoit que les époux peuvent convenir de désigner la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, dans le respect de l'une des quatre possibilités énumérées (loi de la résidence habituelle, ou de la dernière résidence habituelle des époux, ou de la nationalité de l'un des époux, ou encore la loi du *for*).

B/ Bruxelles II *bis*

2094 En matière de prorogation de compétence, les articles 12-1 b) et 12-3 b) du règlement (UE) nº 2201/2003 (« Bruxelles II *bis* ») prévoient la possibilité pour les parties, en matière de responsabilité parentale, d'accepter la compétence de la juridiction en matière de divorce ou séparation de corps et de la proroger à la responsabilité parentale (222), ou même dans des procédures autres que celles relevant du divorce, de la séparation de corps ou de l'annulation du mariage (223).

§ IV En matière d'obligations alimentaires

2095 Que ce soit en matière d'élection de *for* ou de loi applicable, le règlement (CE) nº 4/2009 (« Aliments ») prévoit la possibilité pour les parties de choisir la juridiction qui sera compétente pour régler leur différend (224) ; quant à la loi applicable, l'article 15 du règlement renvoie purement et simplement au Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 pour les États membres liés par cet instrument, lequel prévoit dans son article 8 la possibilité de désigner la loi applicable pour régir une obligation alimentaire (225).

Plusieurs conséquences nouvelles découlent de tous ces phénomènes récents dans l'activité du notaire, lorsqu'un dossier contient un élément d'extranéité.

Sous-section II Nouvelles conséquences

§ I Application croissante en France de droits matériels étrangers

2096 Lors de la rédaction de son acte, le notaire français se trouve de plus en plus obligé de devoir appliquer des droits matériels étrangers, principalement pour deux raisons :

A/ Du fait de l'exercice de la loi d'autonomie

2097 Ainsi qu'il vient d'être dit, le principe de l'autonomie de la volonté qui irrigue progressivement le droit international privé contraint le notaire d'avoir à respecter le droit désigné par le justiciable, sans qu'il puisse décider de cantonner ou refuser son application pour instrumenter son acte (226).

(222) Règl. Bruxelles II *bis*, art. 12-1 b).
(223) Règl. Bruxelles II *bis*, art. 12-3 b).
(224) Règl. (CE) nº 4/2009, art. 4-1.
(225) Prot. La Haye 23 nov. 2007, art. 8-1.
(226) À l'exception toutefois des dispositions de l'article 11-5 du règlement Rome I qui prévoit que tout contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble est soumis aux règles de forme de la loi du pays où l'immeuble est situé, pour autant que, selon cette loi, ces règles s'appliquent quels que soient le lieu de conclusion du contrat et la loi le régissant au fond ; et qu'il ne peut être dérogé à ces règles par accord.

B/ Du fait de l'application du principe unitaire des lois applicables instauré dans tous les règlements

2098 À ce premier phénomène, l'augmentation des droits matériels étrangers est accentuée par la généralisation du principe unitaire régissant les différents instruments de droit international.

En effet, par application de ce nouveau principe, de plus en plus de droits substantiels étrangers devront être respectés par le notaire pour exercer ses fonctions.

Par exemple, l'article 21 du règlement européen « Successions » prévoit que la loi applicable à l'ensemble d'une succession est celle de l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment du décès.

Ou encore les articles 21 des règlements européens « Régimes matrimoniaux » ou « Partenariats enregistrés » énoncent que la loi applicable au régime matrimonial ou aux effets patrimoniaux du partenariat s'applique pour l'ensemble des biens, quel que soit le lieu où les biens se trouvent.

C'est dire à quel point le travail du notaire instrumentant un acte à l'international se voit considérablement impacté par l'accès et la connaissance du droit étranger indispensable pour la validité et l'efficacité de l'acte.

§ II De nouvelles solutions à inventer

2099 Pour résoudre cette difficulté majeure d'avoir accès et connaissance au droit étranger et recevoir un acte contenant des éléments d'extranéité, lui assurant une pleine efficacité, le notaire ne pourrait-il pas être assisté d'un autre professionnel du droit, juriste reconnu dans son État d'origine, choisi dans un réseau qui aurait exigé préalablement un certain nombre de prérequis pour pouvoir participer à un acte instrumenté par un notaire français ? Un notaire belge, italien, néerlandais ou allemand ?

2100 La réalité d'une coopération internationale existe déjà bel et bien : par exemple, la Convention de coopération signée le 3 février 2016 entre le Conseil supérieur du notariat et la Chambre des notaires du Québec prévoit dans son chapitre 1 qu'en vue d'atteindre « l'objectif de faciliter la coopération pratique entre les notaires de France et du Québec, au bénéfice des citoyens, notamment par l'échange de connaissances et de compétences, ainsi que le développement d'initiatives afin de faciliter la pratique notariale dans les deux juridictions (...) les notaires puissent recevoir toute procuration authentique pour les Français vivant au Québec dans le cadre d'un acte reçu par un notaire français ».

De ce principe simple de coopération entre les deux notariats, sont développées les modalités de collaboration notariale transfrontalière, avec notamment la répartition des tâches entre les notaires français et québécois, mais également le partage des responsabilités et des rémunérations entre les notaires, ainsi que l'accès à des formations communes par cyberapprentissage depuis le site internet de la Chambre des notaires du Québec (227).

Dans un communiqué de presse commun du 3 février 2016, le président du Conseil supérieur du notariat précisait que : « Grâce aux outils technologiques, aux échanges d'informations et à la confiance mutuelle, le particulier pourra bénéficier de toute l'ampleur des conseils donnés par le notaire français tout en signant l'acte chez un confrère québécois ».

2101 Autre exemple de coopération : la Convention franco-allemande signée le 7 octobre 2014 entre le Conseil supérieur du notariat et la *Bundesnotarkammer* ayant pour objectif de faciliter la coopération pratique entre les notaires de la République de France et la République fédérale allemande.

(227) Conv. 3 févr. 2016, Chapitre 2, § 1, 2, 3 et 4.

Dans ces conditions, pourquoi à titre prospectif ne pas envisager un renforcement de ces coopérations, jusqu'à pouvoir recevoir en participation l'acte authentique international avec un confrère étranger ? Les partages de responsabilité pourraient faire l'objet d'études sérieuses, tout comme le partage des émoluments.

À titre liminaire, pour répondre à cette question, il y a lieu d'indiquer que la notion de partage de responsabilité entre les notaires qui instrumenteraient se traduirait en fait par une addition des responsabilités, et non par un partage.

L'intervention de deux notaires instrumentant dans un cadre international ne devrait pas bouleverser les règles professionnelles de responsabilité *in solidum*.

Concernant les modalités de rémunération, le processus est déjà enclenché très concrètement aujourd'hui, par la publication de l'arrêté du 17 août 2017 relatif à l'émolument prévu pour la réalisation d'une procuration sur le territoire national, applicable lorsqu'un notaire français prépare un projet de procuration qui sera signé en dehors du territoire national par un notaire étranger, en engageant sa responsabilité sur le contenu de l'acte, étant chargé de sa transmission au confrère étranger.

Ce début, bien que modeste, démontre que les pouvoirs publics ont pris conscience de l'existence d'un volet international. L'arrêté du 17 août 2017 prévoit la rémunération du notaire pour ce type de prestation (228), sans l'avoir pour autant limité à la convention franco-québécoise.

2102 Au-delà de ces coopérations formalisées, et sans parler de toutes les autres (nombreuses, puisqu'il existe actuellement trente-neuf jumelages et vingt-deux conventions internationales de coopération entre notariat français et institutions étrangères – ministères de gouvernements étrangers ou représentants nationaux du notariat – V. *supra*, travaux de la première commission, n^{os} 1646 et s.), d'autres actions témoignent d'une coopération transfrontière comme les programmes *EUFides* ou *Bartolus*.

La réception de l'acte authentique électronique à distance, qui serait internationale, pourrait ainsi être assurée.

Indiquer à l'acte la présence d'un confrère étranger ne limiterait pas forcément la responsabilité du notaire français, mais son concours apporterait un éclairage sur le droit substantiel étranger, tant civil que fiscal (229), que le confrère en participation sécurise en engageant également sa responsabilité.

De nouveaux horizons pourraient alors poindre et s'élargir au profit du justiciable, au service duquel l'expertise notariale, dans la matière internationale, serait toujours plus performante et sécurisée.

En matière de droit comparé, et plus particulièrement en matière de fiscalité étrangère applicable, le notaire français se doit d'être très prudent pour délivrer une consultation de droit comparé : il doit au préalable solliciter la délivrance d'une *legal opinion* (230) par un juriste local reconnu, afin d'assurer l'actualisation.

(228) Le tarif prévoit une rémunération de 26,92 € HT, conformément à l'article A. 444-167 du Code de commerce. Il est regrettable de constater la modicité de cette rémunération, sachant que dans un cadre international, il existe un travail préalable et complémentaire eu égard à sa technicité qui parfois nécessite de passer plus de huit heures de travail pour la rédaction de ce type d'acte. Les notaires pragmatiques risquent de ne pas se saisir de cette matière pour des raisons économiques, alors qu'il existe pourtant une véritable demande qui nécessite d'être sécurisée par des professionnels.

(229) Attention : la compétence notariale de la matière fiscale n'est pas la même dans tous les pays. Par exemple, les notaires allemands ne traitent pas l'aspect fiscal de leur opération, qui relève des attributions des avocats spécialisés en cette matière.

(230) Pour une analyse comparative d'un certificat de coutume et d'une *legal opinion*, V. *infra*, Partie III, « La circulation internationale de l'acte », n^{os} 2409 et s.

TITRE IV

La langue utilisée pour la rédaction de l'acte notarié

Que le contexte soit national, européen ou international, le notaire ne peut rédiger son acte qu'en utilisant la langue française. **2103**

Un bref rappel historique de cette obligation officielle permettra de mieux comprendre comment le notaire est aujourd'hui confronté à de nouvelles contraintes. Même si la présence d'un interprète demeure la solution nécessaire aujourd'hui, permettant de dépasser la barrière de la compréhension de la langue, il est temps maintenant, face à l'accélération de la mobilité internationale des personnes et des échanges, de réfléchir à de nouvelles solutions qui seraient plus adaptées à un monde nouveau.

L'élaboration de nouvelles solutions semble inévitable à double titre : d'abord pour satisfaire les besoins d'une clientèle internationale de plus en plus nombreuse dans les offices notariaux, ensuite pour laisser à l'acte notarié français la possibilité de figurer parmi les meilleurs choix offerts sur un marché du droit concurrentiel et mondialisé.

SOUS-TITRE I

Rappel historique

CHAPITRE I Sous l'Ancien Régime

L'obligation d'utiliser le français remonte à l'Ancien Régime et à l'ordonnance de Villers-Cotterêts du 10 août 1539. Cet « acte législatif fondamental de notre langue » (231) impose la langue française pour tous les actes administratifs et juridiques. **2104**

L'objectif de François 1er était alors de construire une unité linguistique au sein du royaume de France, de nature à renforcer sa souveraineté, faisant de l'usage du français dans les actes juridiques (spécialement les actes des notaires) un instrument politique, la langue du Roi supplantant les dialectes et le latin (232).

(231) P. Malaurie, *Le droit français et la diversité des langues, en hommage reconnaissant à M. le Doyen Le Bras : JDI* 1965, p. 574.

(232) H. Merlin, *Langue et souveraineté en France au XVIIe siècle. La production autonome d'un corps de langage*, in *Annales. Histoire, Sciences sociales* 1994, 49e année, no 2, p. 370.

CHAPITRE II Sous la période révolutionnaire

2105 Le gouvernement révolutionnaire a pu constater le renforcement et la cohésion de l'unification des provinces intégrées au Royaume de France par la maîtrise de la langue, et « s'inscrit dans la continuité de la lutte pour imposer la langue française sur le territoire français » (233).

L'idée majeure est la suivante : « Le français n'a plus de raison de demeurer la langue royale et réservée aux élites, maintenant que la monarchie est abolie et que le nouveau régime a déclaré l'égalité au nom de ses principes. Parler le français, c'est affermir la démocratie. Oublier les patois, c'est se libérer des dominations et dépendances ». Chaque citoyen est donc encouragé à faire de la langue des droits de l'homme sa propre langue, afin de partager plus directement les mêmes valeurs républicaines (234).

Le décret du 2 thermidor an II (20 juillet 1794) prévoit que : « Nul acte public ne pourra, dans quelque partie que ce soit du territoire français, être écrit qu'en langue française », tandis que le décret du 24 prairial an XI (24 juin 1803) étend cette obligation aux actes publics rédigés dans les territoires conquis de Belgique, d'Italie et de la rive gauche du Rhin, tout en permettant aux notaires d'écrire à mi-marge de la minute en idiome du pays.

CHAPITRE III Sous les républiques ayant précédé la Cinquième

2106 Si, depuis l'an II, les actes publics sont écrits en français et l'instruction publique de l'État est assurée en français pour augmenter la force nouvelle de la République française au sein de toutes les couches de la société, au XIXe siècle les dialectes et autres idiomes ou patois sont bannis de la sphère publique par la promulgation d'une loi du 18 mars 1882 (235).

Cette loi de 1882 est alors nécessaire afin de permettre à la République de renforcer ses valeurs fondamentales au sein de la société, et de rendre la situation interne cohérente avec la place que la France occupe sur la scène internationale.

En effet, la portée de la langue française dépasse très largement les frontières du pays, puisque l'un de ses caractères majeurs est sa vocation à l'universalisme : parce qu'elle est une langue diplomatique et internationale (236), « le français est la langue internationale des chancelleries européennes » (237). Comme le souligne le célèbre journaliste chroniqueur Jean Frollo, « tous les instruments diplomatiques, tous les traités sont écrits en français » (238).

(233) M.-C. Perrot, *La politique linguistique pendant la Révolution française*, in *Mots* sept. 1997, n° 52, « L'état linguistique », p. 158.
(234) M.-C. Perrot, *op. cit.*, p. 160.
(235) Art. 4, al. 1er, dans sa rédaction résultant de la loi du 9 août 1936.
(236) P. Malaurie, art. préc., p .572.
(237) J. Frollo, *La langue de l'Europe : Le Petit Parisien* 14 juin 1892 (http://gallica.bnf.fr, consulté le 1er mai 2018).
(238) V. note *supra*, dont la suite de l'article est délectable : « On se rappelle qu'en 1871 le prince de Bismarck proposa au prince Gortschakoff de substituer l'allemand au français dans les rapports officiels entre les puissances. La lettre de M. de Bismarck était en allemand, on le pense bien. M. de Gortschakoff répliqua en bon français que les raisons qui avaient fait adopter l'usage de notre langue par la diplomatie des siècles précédents lui paraissaient des plus sages, et qu'il lui était difficile de concevoir que l'avis du grand Frédéric sur ce point ne fût point celui de son petit-fils. On sait que le roi philosophe Frédéric II, le vrai fondateur de la puissance militaire de la Prusse, ne parlait et n'écrivait qu'en français, et que sa prétention était de rivaliser avec Voltaire en prose et en vers. C'est lui qui disait : je parle en Allemand à mes soldats, en Français avec mes pairs ».

Cette expansion culturelle ayant dépassé les limites linguistiques du pays en établissant l'usage du français comme langue diplomatique, a toutefois rencontré certains revers, le premier étant la rédaction du traité de paix de Versailles mettant fin à la Première Guerre mondiale.

Le traité de Versailles fut en effet rédigé en français mais aussi en anglais, les deux versions faisant également autorité. Le texte portait le titre « Conditions de paix – *Conditions of Peace* ». « C'était la première fois depuis le traité de Rastatt de 1714 (qui mettait fin à la guerre de Succession d'Espagne) que le français n'était plus la seule langue officielle de la diplomatie occidentale » (239). Pour la première fois, des diplomates américains prenaient part aux négociations. Ils ne parlaient ni latin ni français, mais anglais. Dès lors, le traité fut écrit en français et en anglais. Avec « l'industrialisation puis la mondialisation, l'anglais sera amené à prendre de plus en plus d'importance dans les échanges diplomatiques, sans pour autant totalement évincer le français. L'anglais et le français sont aujourd'hui les langues de travail officielles à l'ONU. Et les diplomates de l'Union européenne ont majoritairement recours à l'anglais, au français et à l'allemand » (240).

CHAPITRE IV Sous la Cinquième République

Aujourd'hui, l'article 2 de la Constitution de la République française du 4 octobre 1958 (issu de la loi organique n° 92-554 du 25 juin 1992) énonce que : « La langue de la République est le français » (241). **2107**

Telles sont les normes en vigueur à ce jour, justifiant que l'acte notarié soit écrit en français et ne peut être établi dans une autre langue (exception faite toutefois des régions de l'Alsace-Moselle, dont le particularisme linguistique, après la réintégration du territoire à la Nation française, bénéficie d'un assouplissement pour les actes notariés) (242).

Pourtant, même si l'usage du français est obligatoire, il est admis depuis longtemps – avant la loi du 16 février 2015 autorisant la présence d'un traducteur – qu'en matière de testament, un non-francophone peut dicter ses dispositions à cause de mort dans une autre langue au notaire recevant le testament authentique, à condition que ce dernier connaisse parfaitement la langue employée par le testateur, qu'il écrive les dernières volontés dans la langue de la dictée qui lui est faite, et que tout ce qui constitue le reste de l'acte authentique

(239) www.axl.cefan.ulaval.ca/francophonie/versailles_1919.htm, dernière mise à jour 30 janv. 2017, consulté le 1er mai 2018.

(240) https://sites.arte.tv/karambolage/fr/la-langue-la-langue-de-la-diplomatie-karambolage, dernière mise à jour 24 juin 2017, consulté le 1er mai 2018.

(241) Ce bref rappel n'ayant pas d'autre prétention que de donner sommairement les dates majeures des actes législatifs donnant sens à l'acte notarié actuellement écrit en français, il a été fait volontairement l'impasse sur toutes les spécificités liées aux périodes de colonisation et de décolonisation qu'a pu connaître la France durant la seconde moitié du XXe, au sujet desquelles les sources internationales sont nombreuses sur ce thème (par ex. : convention franco-cambodgienne du 9 septembre 1953, convention franco-laotienne du 22 septembre 1953, convention franco-vietnamienne du 16 septembre 1954).

(242) Un arrêté présidentiel du 2 février 1919 énonce que la langue officielle est le français, mais l'acte notarié peut être rédigé en allemand si les parties déclarent ignorer le français et requièrent expressément le notaire de rédiger en allemand l'acte authentique.

du testament (exposé, comparution, mentions), étant l'œuvre personnelle du notaire, soit rédigé en langue française (243).

Ni ces assouplissements à la marge, ni la réforme intervenue depuis la loi du 16 février 2015 (244) ne pourront apporter les solutions nécessaires à la résolution des difficultés liées aux contraintes nouvelles.

Lorsque comparaît à l'acte une partie ne comprenant pas le français, l'intervention d'un interprète demeure la solution incontournable à ce jour pour le notaire.

SOUS-TITRE II

Solution de droit positif en présence d'une partie ne comprenant pas la langue française

CHAPITRE I Obligation pour le notaire d'inviter la partie à se faire assister par un interprète

2108 Si le client qui intervient à un acte a une connaissance insuffisante de la langue française, le notaire doit l'inviter à se faire assister par un interprète (245).

À défaut, il engagerait sa responsabilité (246).

La différence de traitement est ici remarquable entre l'officier d'état civil et le notaire, tous deux officiers publics et tous deux susceptibles d'être confrontés à une situation similaire, lorsque la cérémonie de l'acte (pour le notaire) et celle du mariage (pour l'officier d'état civil) se déroulent en présence de personnes ne maîtrisant pas la langue française.

La circulaire du 23 juillet 2014 relative à l'état civil indique sans ambiguïté que « rien n'interdit à l'officier de l'état civil, dans un souci de parfaite compréhension, de réitérer dans la langue des futurs époux et au besoin avec le concours d'un interprète assermenté choisi par ces derniers les formalités ou interpellations effectuées en langue française » (247).

(243) Un arrêt pour illustrer le propos : la chambre des requêtes, le 12 août 1868, valide un testament reçu en Corse et dont les dispositions des dernières volontés sont établies en italien : « Attendu qu'en une telle situation [l'italien était le seul idiome familier au testateur et aux témoins], en écrivant les dispositions dans la langue employée par le testateur et connue des témoins, le notaire s'est très exactement conformé aux prescriptions de l'article 972 du Code Napoléon ; attendu que pour procéder autrement, le notaire eût dû traduire d'abord de l'italien en français les dispositions dictées par le testateur, puis du français en italien pour en donner lecture au testateur en présence de témoins ; que cette double traduction ne serait pas seulement une source d'erreurs, qu'elle faciliterait encore la fraude et diminuerait les garanties que la loi a voulu consacrer en exigeant la dictée par le testateur en présence de témoins ; Attendu, d'ailleurs, que le notaire s'est conformé aux prescriptions de l'ordonnance de 1539 et des arrêtés des 2 thermidor an II et 24 prairial an XI, en rédigeant en langue française toute la partie du testament qui était son œuvre personnelle ». Arrêt cité *in* M. Grimaldi et C. Vernières, *Les modifications du droit des successions par la loi du 16 février 2015 : Defrénois* 15 mars 2015, n° 5, art. 118z9, p. 250.

(244) En vertu de l'article 972, alinéa 3 du Code civil, la présence d'un traducteur pour l'établissement d'un testament authentique par un non-francophone reçu par un notaire français est aujourd'hui possible.

(245) P. Callé : *JCl. Notarial Formulaire*, V° *Acte Notarié*, fasc. 300, *Acte établi en France (Droit international privé)*.

(246) Cass. 1re civ., 13 mai 2014, n° 13-13.509 : *Bull. civ.* 2014, I, n° 82.

(247) Circ. JUSC1412888C : *BO Justice* n° 2014-07, 31 juill. 2014, p. 7.

Autrement dit, lorsque se déroule la cérémonie officielle de célébration du mariage, l'officier d'état civil est autorisé à parler une autre langue que le français, et à établir l'acte de mariage selon un acte plurilingue (248), conformément à la convention n° 14 ratifiée par la France de la Commission internationale de l'état civil dont il sera question plus loin, tandis que le notaire ne peut recevoir son acte autrement qu'en langue française.

De plus, alors que la circulaire qui indique qu'il ne peut être imposé aux futurs époux le concours d'un interprète expert agréé, en l'absence de dispositions légales ou réglementaires, elle précise en outre « qu'en l'absence de disposition expresse prévoyant l'indication du recours à un traducteur ainsi que la signature de celui-ci, il n'y a pas lieu d'y faire référence dans l'acte de mariage ».

La différence de traitement est très singulière entre ces deux officiers publics, notamment pour ce qui concerne leur responsabilité, ainsi qu'il va être démontré dans ce qui suit.

2109 La Caisse de garantie centrale de la responsabilité professionnelle des notaires, dans une note en vue des assemblées générales de mai 2013, indique que : « Le notaire doit conseiller aux parties qui ne maîtrisent pas, peu ou mal la langue française de recourir à un interprète ».

Par ailleurs, dans un arrêt du 10 décembre 2012, la cour d'appel de Pau (inédit) a pu juger que « le notaire, en s'abstenant d'inviter le client à se faire assister par un interprète a manqué à son obligation de conseil et que cette faute primordiale justifie qu'il soit condamné » (249).

L'interprète est nommé librement par les parties, ou à défaut d'entente, désigné par le tribunal de grande instance (250).

CHAPITRE II Maintien du devoir de conseil du notaire en présence d'un interprète

2110 La présence d'un interprète ne dispense pas le notaire de son devoir de conseil.

À quel professionnel recourir ? Il faut tout d'abord distinguer entre *traducteur* et *interprète*.

En effet, lorsque le traducteur, assermenté de surcroît, est habilité à faire par écrit la traduction de documents, l'interprète est habilité à traduire oralement les discussions ou conversations en langue cible.

S'il n'est pas inutile de faire précéder le rendez-vous de signature de l'envoi au client non francophone d'une traduction du projet d'acte pour s'assurer de sa meilleure compréhension, rien ne peut remplacer la présence d'un interprète au moment de la signature.

Cela tient au processus même de l'authentification : le notaire doit *donner lecture* de son acte. Cette précision est essentielle, car elle indique comment l'officier public vérifie le consentement éclairé de la partie dont il reçoit la signature. Le client est-il d'accord, et a-t-il bien compris ? Il est indispensable qu'un dialogue puisse avoir lieu entre le notaire et son client. Ce dernier doit pouvoir poser des questions au notaire et comprendre ses réponses. Dans le même temps, le notaire doit pouvoir lui aussi poser les questions nécessaires pour vérifier

(248) Bien que plurilingue, la version française de cet acte d'état civil reste la version prédominante, au regard du droit positif français.

(249) Arrêt cité dans la base de données « Déontologie », portail réal, intra.notaires.fr/csn/jcms/t2_59795/base-de-deontologie-notariale, consulté le 29 avr. 2018.

(250) Note de la Caisse de garantie centrale, préc.

la bonne compréhension par son client. Cette dimension fondamentalement orale de la lecture de l'acte suppose la présence d'un interprète en l'absence de langue commune entre le notaire et le client.

C'est donc d'un interprète que le notaire a besoin. Mais quel interprète peut-il solliciter ? Dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Bordeaux du 1er octobre 2001, les juges ont considéré que « l'interprète, professeur d'anglais, ne possède pas nécessairement les compétences juridiques nécessaires » et ont condamné le notaire pour insuffisance du devoir de conseil (251).

Pour cette raison, le notaire doit rester particulièrement vigilant et prendre soin de vérifier que le choix de l'interprète présente les garanties suffisantes de maîtrise du langage juridique dans la langue concernée.

Il devra en outre résister à la pression des clients qui répugnent à débourser des frais de traducteur professionnel constituant des débours qui incombent, sauf convention contraire, à l'acquéreur en application de l'article 1593 du Code civil.

Ainsi, il a pu être jugé que la présence du fils des époux portugais comparant à l'acte en qualité de caution, déclarant à l'acte comprendre parfaitement le français (à la différence des ses parents), était malgré tout insuffisante, faute dans l'acte de voir mentionné que le fils traduisait simultanément et intégralement à ses parents l'acte dont le notaire donnait lecture. De même, la présence du fils ne saurait être analysée en indice de ce que les parties ont été instruites avant la signature sur le sens et les éventuelles conséquences de leur engagement auquel leur fils était personnellement quoiqu'indirectement intéressé (252).

Il a encore été jugé par la cour d'appel de Nancy (21 oct. 2010, inédit) que la méconnaissance par les acquéreurs (néerlandais) de la langue française, quand bien même ils auraient été assistés par un frère, non professionnel de la traduction de documents juridiques, conduit à admettre que la formulation de l'acte ne leur permettait pas de se convaincre de l'obstacle juridique qui s'opposait à la prise de possession du fonds (253).

Règles de bonnes pratiques en présence d'une partie non francophone à l'acte

- Le notaire doit s'assurer que les parties ont mesuré les conséquences de leurs engagements.
- Sa responsabilité est engagée s'il n'est pas en mesure d'apporter la preuve qu'il a bien averti les parties des conséquences de l'acte.
- Il est conseillé d'adresser d'office, et préalablement à la signature de l'acte notarié, un projet de l'acte aux parties (la traduction n'étant pas obligatoire, même si l'on peut la juger opportune dans certains cas), surtout si elles ne maîtrisent pas la langue.
- La faute commise par le client de ne pas se faire assister par un professionnel n'exonère pas le notaire de sa responsabilité d'avoir à l'inviter à le faire : le notaire doit se ménager la preuve d'avoir invité le client à se faire assister par un interprète dont la qualification a été vérifiée.
- L'intervention d'un interprète assermenté permet d'avoir l'assurance de la fidélité de la traduction, mais aussi de sa neutralité.
- L'intervention de l'interprète sera mentionnée au pied de l'acte.
- L'intervention d'un interprète figurant sur la liste de la cour d'appel protège le notaire d'une action en responsabilité quant au choix du traducteur.

(251) Caisse de garantie centrale de la responsabilité professionnelle des notaires, note en vue des assemblées générales de mai 2013, préc.
(252) TGI Blois, 23 déc. 1993, inédit, cité *in* Caisse de garantie centrale, note préc.
(253) Caisse de garantie centrale, note préc.

- La présence de l'interprète assermenté préserve les intérêts et écarte les risques de conflits d'intérêt.
- La doctrine conseille que les interprètes présentent les mêmes qualités que les témoins instrumentaires (*i.e.* majeurs avec absence de lien de parenté avec les parties, de nationalité française ou étrangère).

Proposition de clauses en présence d'un interprète

Clause avec un interprète non inscrit sur la liste de la cour d'appel

M. X, de nationalité Y, ne parlant et ne comprenant pas le français, reconnaît avoir reçu de la part de Me Dupond, notaire à Paris, un projet du présent acte depuis plus de huit jours.
M. X a été invité par le notaire soussigné à se faire assister par un interprète officiel dans sa langue maternelle, inscrit sur la liste de la cour d'appel de Paris.
Pour des raisons économiques, M. X a préféré que le présent acte soit traduit par M. W. né le... à... et demeurant à..., qui étant présent de manière non interrompue, a simultanément et intégralement traduit les propos du notaire soussigné à M. X.
M. W, interprète choisi par M. X, déclare maîtriser la langue maternelle de M. X, et avoir la connaissance et, plus particulièrement, les notions juridiques nécessaires pour assurer la traduction.

Clause avec le notaire instrumentaire comme interprète (traduction dans une langue cible autre que la langue maternelle)

M. X, de nationalité Y, ayant pour langue maternelle le chinois, ne parlant et ne comprenant pas le français, reconnaît avoir reçu de la part de Me Dupond, notaire à Paris, un projet du présent acte depuis plus de huit jours.
M. X a été invité par le notaire soussigné à se faire assister par un interprète officiel dans sa langue maternelle, inscrit sur la liste de la cour d'appel de Paris.
Pour des raisons économiques, M. X, déclarant parfaitement parler et comprendre l'anglais, a préféré que le présent acte soit traduit en anglais, par le notaire soussigné, qui maîtrise personnellement suffisamment cette langue.

Telle est la solution classique qui préserve de toute recherche en responsabilité le notaire instrumentant son acte rédigé obligatoirement en français, en présence de parties ne maîtrisant pas ou ne connaissant pas le français.

Mais de nouvelles contraintes, notamment liées à l'augmentation importante de ce type de dossiers au sein des offices, amènent à se demandersi de nouvelles solutions ne pourraient pas s'avérer plus opportunes aujourd'hui pour les notaires maîtrisant parfaitement une langue étrangère.

SOUS-TITRE III

À nouvelles contraintes, solutions nouvelles ?

CHAPITRE I Réflexions sur la perspective d'un acte bilingue

Le volume des actes publics étrangers (tels que les actes d'état civil constatant l'état des personnes, ou les mandats donnés et signés à l'étranger) établis dans la langue du pays de leur réception est en constante augmentation dans nos dossiers. Ce phénomène ne devrait pas ralentir, au contraire. La tendance lourde sera à une augmentation progressive dans les **2111**

prochaines années, du fait des règles nouvelles de droit international privé ressortant aussi bien des instruments européens qu'internationaux. Sans parler des différents documents et pièces devant faire l'objet d'annexes à l'acte notarié, ou encore des actes de dépôt au rang des minutes.

Dans ces conditions, comment résoudre les difficultés pour préparer et rédiger l'acte, quand son élaboration dépend de documents établis en langue étrangère ?

Serait-il possible de recevoir en France un acte notarié dans une autre langue que le français ?

Une réponse ministérielle du 3 juillet 1989 confirme qu'il n'est pas prévu d'abroger le décret du 2 thermidor an II : « Les actes de notaires doivent, en tant qu'actes publics, être rédigés en langue française, mais peuvent être accompagnés, le cas échéant, d'une traduction, écrite à mi-marge de la minute française et établie sous la seule responsabilité de l'officier public » (254).

Et pourtant la mécanique lourde et procédurière d'établissement de documents ayant fait l'objet d'une traduction jurée, certifiée, légalisée ou apostillée peut être considérée par un grand nombre d'usagers comme chronophage et coûteuse, et par nombre d'officiers publics comme superfétatoire, au point que certains considèrent même pouvoir être en mesure de se dispenser de toute formalité de légalisation ou d'apostille.

Des solutions existent déjà :

- en matière d'état civil, la difficulté linguistique a été résolue par la possibilité pour les États adhérents à la Commission internationale de l'état civil (CIEC) de délivrer des actes d'état civil plurilingues, conformément à la signature de la Convention n° 17, relative à la délivrance d'extraits et de certificats plurilingues et codés d'actes d'état civil du 14 mars 2014 ;
- en matière de contrat ayant pour objet un droit ou un service d'utilisation de biens à temps partagé (*Time Share*), ou concernant des produits de vacances à long terme, ou de revente ou d'échange de tels droits ou services, l'article L. 121-63 du Code de la consommation envisage la possibilité de choisir la langue du contrat ;
- en matière de testament, la Convention de Washington du 26 octobre 1973, entrée en vigueur en France depuis le 1er décembre 1994, permet au notaire français, dans le cadre d'un testament authentique international, de recevoir un testament pouvant être écrit en langue étrangère, par toute personne pouvant utiliser sa langue et son écriture, même dans un pays d'expression radicalement différente (255) ;
- en matière fiscale, certains centres des impôts correspondent en langue anglaise avec les contribuables étrangers pour adresser les correspondances officielles, en ce compris les lettres de relance et les mises en demeure ;
- en matière de divorce par consentement mutuel, l'article 1146 du Code de procédure civile prévoit que la convention de divorce et ses annexes peuvent être rédigées en langue étrangère (256) ;

(254) La réponse ministérielle du 3 juillet 1989 (parue *in Defrénois* 15 janv. 1990, n° 1, p. 59) utilise l'expression « à mi-marge », qu'il semble devoir comprendre comme étant une traduction contenue dans un renvoi, soit une « double colonne ».

(255) M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 8e éd. 2014, p. 474, nos 903-904.

(256) L'article 1146 a été modifié par le décret n° 2016-1907 du 28 décembre 2016 pris en application de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, entrée en vigueur au 1er janvier 2017. Il est vrai qu'il prévoit que lorsque la convention et ses annexes ont été rédigées en langue étrangère, elles sont accompagnées d'une traduction effectuée par un traducteur habilité. Mais il n'empêche, il s'agit quand même encore d'un acte reconnu par la loi comme pouvant être rédigé en France dans une langue étrangère.
V. un article très intéressant sur la reconnaissance de ce type de divorce : L. Galliez, *La reconnaissance du divorce par consentement mutuel en DIP : JCP* N 1er déc. 2017, n° 48, 1319, p. 26 et s.

- de même, la réponse ministérielle du 3 juillet 1989 précitée confirme bien que : « Les actes sous seing privé ne nécessitent pas l'usage de la langue française, mais dans la mesure où ils doivent être présentés à l'enregistrement, cette administration est en droit d'exiger une traduction effectuée par un traducteur assermenté » (257).

Alors qu'en matière de contrat de prêt par exemple, l'acte notarié reçu par un notaire français exerçant ailleurs qu'en Alsace-Moselle doit obligatoirement être rédigé en français, même si le prêteur est une banque allemande, l'emprunteur un ressortissant allemand, et le notaire français un parfaitement germanophone !

Ainsi que le fait remarquer Me Edmond Jacoby : « Le législateur de 1924, en maintenant cette disposition [permettant aux notaires de la région Alsace-Moselle de recevoir en langue allemande], prenait ainsi bien en compte la difficulté engendrée par la méconnaissance d'une langue, difficulté qui s'est accélérée avec la construction de l'espace juridique intra-communautaire » (258).

En doctrine également, comme en pratique, cette question est de plus en plus souvent soulevée : la langue utilisée pour la rédaction de l'acte notarié devrait évoluer, sous certaines conditions naturellement (par ex., contrôler que le notaire maîtrise parfaitement la langue étrangère). Cette évolution assurerait à l'acte notarié à l'international sa place légitime.

Cette question devrait faire l'objet d'une réflexion approfondie pour permettre au notaire français d'instrumenter son acte international avec la même souplesse que le notaire néerlandais, belge, allemand (259), voire le *solicitor* ou *notary public* d'Angleterre ou du Pays de Galles (260), qui peuvent tous rédiger des actes en une autre langue que la leur.

La situation actuelle place le notariat français en situation de décalage dans un contexte de concurrence internationale. Cette situation a déjà été dénoncée tant par la pratique que la doctrine :

- en pratique, lors du 88e Congrès des notaires de France à Grenoble, les travaux de la deuxième commission alertaient déjà sur la difficulté de la langue de l'acte notarié, en évoquant les deux hypothèses selon que le notaire connaît la langue de la partie qui ne comprend pas le français, ou qu'il ne la connaît pas (261) ;
- en doctrine, une étude sur l'acquisition en France par des personnes de nationalité chinoise reprend cette alerte, en précisant que : « Dans un cadre international, il semble tout à fait inadapté de ne pouvoir rédiger un contrat dans la langue nationale de contractants, bien entendu dans la mesure où le notaire a lui-même une parfaite connaissance de la langue nationale des contractants. À l'image de la pratique notariale déjà en place hors de France, la possibilité de rédaction bilingue du contrat de vente devrait être approuvée par le législateur » (262).

Certains auteurs partagent cet avis :

- par exemple, l'un d'eux, assurant une veille juridique dans la *Semaine Juridique*, en résumant les travaux de la troisième commission du 85e Congrès des notaires de France de Strasbourg de 1989, précise que : « Chaque fois que cela s'est avéré nécessaire, il a été

(257) V. *supra*.
(258) E. Jacoby, *L'acte d'affectation hypothécaire et l'espace juridique européen : questions pratiques liées à sa reconnaissance et à son exécution : Dr. et patrimoine* 1er juin 2007, no 160.
(259) M. Revillard, *op. cit.* p. 640, no 1177. – C. Etien, *Le notaire et la vente des immeubles européens : JCP* N 29 janv. 2016, no 4, p. 43, no 11.
(260) M. Lightowler, *Les Notaires en Angleterre et au Pays de Galles : JCP* N 17 nov. 2017, no 46, p. 30, no 17.
(261) 88e Congrès des notaires de France, Grenoble, 24-27 mai 1992, *Le notaire, le contrat et l'Europe*, 2e commission, p. 401, nos 91 et s.
(262) D. Pho, *Acquisition en France par des personnes de nationalité chinoise : JCP* N 15 juill. 2005, no 28, 1342.

proposé de modifier tant la législation que notre propre déontologie ou nos conditions de formation et d'exercice : compétence d'instrumentation, utilisation des langues, formules d'actes plurilingues... » (263) ;

- un autre pense que : « Le notaire devra pouvoir dresser un acte dans la langue souhaitée par son client. Toutes les législations qui obligent, comme c'est le cas en France, à rédiger les actes notariés dans la langue nationale devront être assouplies. Les dispositions de la Convention de Washington du 26 octobre 1973 sur le testament international montrent l'utilité de bénéficier d'une grande souplesse en ce domaine » (264).

Mais conférer au notaire la possibilité de rédiger et de recevoir l'acte dans une autre langue que le français aurait pour conséquence de créer des difficultés tant vis-à-vis des services de l'enregistrement et de la publicité foncière que vis-à-vis des notaires ayant pour obligation de reprendre la chaîne des mutations dans leurs origines de propriété ou la constitution ou le rappel de servitudes.

Cette solution ne serait en outre ni pragmatique, car tous les notaires ne parlent pas toutes les langues étrangères, ni possible, dans la mesure où le notaire est officier public et ministériel, tenu de parler et d'écrire dans la langue de la République.

La solution à cette difficulté serait le recours à un acte bilingue, réunissant la langue choisie par les parties et celle de la République, dont l'usage est nécessaire pour les raisons qui viennent d'être développées. Le cas des actes d'état civil est un précédent intéressant (V. *infra*, n° 2108).

Ainsi l'acte bilingue (265), établi en double colonne permettrait de renforcer considérablement les efforts déjà accomplis par le notariat français (acte authentique électronique à distance [AAED], visioconférence), le rendant plus proche encore de sa clientèle internationale.

En évoluant ainsi, la législation française serait plus conforme à la coutume internationale en matière de documents et normes juridiques.

Elle permettrait surtout de reconnaître à l'acte authentique une modernité complète, faisant rentrer cette norme de sécurité juridique séculaire dans la nouvelle ère mondialisée, l'ère numérique du deuxième millénaire.

CHAPITRE II Les mentions manuscrites

2112 Les actes nécessitant l'apposition de mentions manuscrites telles que celle résultant de l'article L. 313-1 du Code de la consommation doivent-ils contenir la mention écrite dans la langue maternelle de l'étranger ne comprenant pas le français ? Ou ce dernier doit-il écrire cette mention manuscrite en langue française qui lui a été traduite ? Ou encore, faut-il l'apposition de cette mention dans les deux langues ?

Le formalisme protecteur imposé par la loi a pour objet de s'assurer que le consentement de la partie est donné de manière éclairée. Cette considération conduit à penser que la

(263) R. Crône, *85e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 23-26 avr. 1989 : JCP* N 3 mars 1989, n° 9, act. 100298.
(264) J.-P. Decorps, *La circulation de l'acte notarié et son efficience dans le commerce juridique international : JCP* N 17 mai 2002, n° 20, 1282, n° 14.
(265) L'acte international pourrait être établi soit en double, soit en triple colonne en présence de parties de nationalités différentes, le notaire, délégataire de l'autorité publique devant en tout état de cause rédiger son acte en langue française, langue officielle. Il sera difficilement envisageable d'établir un acte en plus de trois colonnes sans perdre une qualité de lisibilité.

mention, pour assurer cet objectif, doit principalement être apposée dans la langue maternelle de l'intéressé par ce dernier, et qu'un traducteur assermenté doit en outre certifier que la mention apposée correspond bien à la mention en langue française.

Dès lors, le recours à l'apposition d'une mention bilingue, pour les mêmes raisons qu'au chapitre précédent, peut être conseillé, la mention en français pouvant servir de référence à la version traduite dans une autre langue.

CHAPITRE III Les annexes

Les annexes peuvent être classées en deux catégories, savoir : **2113**

- celles qui participent au fond de l'acte, par exemple parce que celui-ci fait renvoi à leur contenu : c'est le cas notamment des conditions générales d'un prêt non relatées dans le corps de l'acte.
  Au regard du parallélisme des formes, l'acte authentique devant être écrit en langue française, ces annexes devront être écrites en langue française ou à défaut être traduites ;
- il peut exister d'autres annexes dont la portée est moindre, qui ne sont là qu'à titre documentaire, mais dont l'absence ne retirerait rien à la substance de l'acte. Pour celles-ci, il est possible d'envisager qu'elles ne soient pas traduites, dans la mesure toutefois où le notaire qui instrumente est suffisamment en mesure d'en percevoir la teneur.

Exemples d'annexes

Annexes authentiques nécessitant une traduction :

- une procuration écrite en langue étrangère doit faire l'objet d'une traduction jurée, soit par un expert assermenté dans le pays de signature, soit par un expert judiciaire français (266) ;
- un acte de décès délivré à l'étranger et devant être annexé à un acte de notoriété par le notaire français chargé de la succession (267).

Annexes ne nécessitant pas forcément de traduction jurée :

- le livre écrit en langue étrangère, la règle de jeu établie en langue étrangère, ou encore la description technique des pas de danse d'une chorégraphie, qui font l'objet d'un acte de dépôt : il faut et il suffit que l'acte rédigé par le notaire soit établi en langue française, sans que le document déposé fasse l'objet d'une traduction jurée ;
- un acte de décès, mais annexé cette fois-ci pour illustrer la relation, dans une origine de propriété, de l'extinction d'un usufruit ;
- les pièces justificatives (statuts, délégations de pouvoirs, etc.) jointes à un certificat de coutume, lequel, lui, doit être rédigé en français car il appartient à l'autre catégorie d'annexes ;
- un certificat successoral européen devant être annexé à une attestation notariée immobilière doit l'être tel qu'il a été établi par l'autorité émettrice, et directement transmis par elle. En effet, il n'est pas besoin de procéder préalablement à sa traduction jurée.

(266) En pratique, si la procuration est traduite par un expert assermenté étranger, les travaux de traduction doivent faire l'objet, comme la procuration originale, d'une légalisation ou apostille le cas échéant (V. *infra,* Partie III, « La circulation internationale de l'acte », V. *infra* , nos 2319 et s.).
Si les travaux de traduction de la procuration signée à l'étranger sont effectués par un traducteur juré français, seule la procuration écrite et signée à l'étranger fera l'objet de la formalité de légalisation ou apostille le cas échéant.

(267) En effet, l'acte d'état civil devant être annexé à l'acte authentique français doit faire l'objet d'une traduction jurée soit par un traducteur assermenté à l'étranger, soit par un traducteur juré français. Dans ce dernier cas, seul l'acte de décès établi en langue étrangère fera l'objet le cas échéant de la formalité de la légalisation ou de l'apostille, dont il sera parlé pus loin (V. *infra,* nos 2319 et s.).

TITRE V

Ont comparu : les parties à l'acte

2114 Sous l'angle international, la comparution d'une partie à l'acte authentique conduit le notaire à acquérir des réflexes propres. Il s'agit, dans un premier temps, de pouvoir identifier la personne étrangère qui comparaît à l'acte. Pour une personne physique de nationalité étrangère **(Sous-titre I)**, ce travail d'identification **(Chapitre I)** relève de règles d'état civil qui ne sont pas françaises. Une fois cette identification de la partie comparant, d'autres règles inhérentes au contexte international seront à connaître **(Chapitre II)**.

Pour les personnes morales étrangères **(Sous-titre II)**, d'autres règles et principes seront à connaître.

Le tout dans un seul et unique but : permettre à l'acte authentique établi dans un contexte international d'être parfaitement efficace et utile aux parties.

SOUS-TITRE I

Les personnes physiques

CHAPITRE I Les personnes physiques : identification

Section I Obligations professionnelles d'identification

2115 L'obligation pour le notaire d'identifier son client est régie par plusieurs textes :

- le décret n° 01-941 du 26 novembre 1971, relatif aux actes établis par les notaires, dont l'article 5 prévoit que pour établir son acte, le notaire doit vérifier l'identité, l'état et le domicile des parties, et s'ils ne sont pas connus du notaire, ils doivent être établis par la production de tous documents justificatifs. Exceptionnellement, l'identité, l'état et le domicile des parties peuvent même être attestés par deux témoins ayant les qualités requises par l'article 4 (268) ;
- l'article 5 du décret du décret du 5 janvier 1955 (269) qui prévoit que lors de toute publication, le notaire doit certifier les noms, prénoms dans l'ordre de l'état civil, domicile, date et lieu de naissance des parties ainsi que le nom de leur conjoint ; ce certificat est établi au vu d'un extrait de l'acte de naissance ayant moins de six mois de date au jour de l'acte (art. 5 *in fine*) ;

(268) L'article 4 du décret prévoit que : « Tout témoin instrumentaire dans un acte doit être majeur ou émancipé et avoir la jouissance de ses droits civils. Le mari et la femme ne peuvent être témoins dans le même acte ».

(269) Cet article du décret de 1955 a été modifié par une ordonnance n° 2010-638 du 10 juin 2010, ainsi que par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016.

- l'article 561-2, 13°) du Code monétaire et financier, qui prévoit que dans le cadre de la lutte contre le blanchiment, le notaire est assujetti aux obligations de vigilance et de déclaration.
  À ce titre, le notaire est tenu, avant d'entrer en relation d'affaires avec son client, qu'il soit habituel ou occasionnel, de l'identifier formellement, notamment par la présentation de tout document écrit à caractère probant (270).

De l'état des personnes dépendent leurs droits et obligations, comme par exemple leur capacité ou leur nationalité. Comment, dans un contexte international, le notaire peut-il honorer ses obligations professionnelles d'identification des parties quand ces dernières sont nées, se marient, et vivent à l'étranger ?

Section II L'état civil et l'identité des personnes à l'étranger

2116 L'acte de naissance français est utilisé pour l'identification des clients, le notaire pouvant exploiter son exceptionnelle qualité, compte tenu notamment du fait des transcriptions qu'il peut contenir en marge, portant en particulier sur la capacité ou la situation matrimoniales, informations capitales pour le notaire. C'est d'ailleurs cette qualité qui poussera le notaire, même pour un acte non soumis à publicité foncière, à s'y référer par priorité à toute autre pièce officielle (271).

Les actes d'état civil des personnes sont aussi en droit international privé le mode de preuve par excellence (272), même si certaines formalités sont parfois nécessaires pour recevoir ces actes en France et leur reconnaître la force probante utile. Pourtant le notaire français ne doit pas se méprendre sur le fait que tous les actes de naissance étrangers ne répondent pas forcément, loin s'en faut, en l'absence de mentions marginales, à ce que la loi française peut en attendre, comme cela est le cas par exemple pour les actes de naissance concernant les Britanniques (273).

Sous-section I L'état civil à l'étranger

§ 1 Les règles générales

A/ Les règles générales de droit commun en droit international privé

2117 Lorsque les actes d'état civil sont établis à l'étranger, en langue étrangère, et qu'ils doivent servir aux autorités françaises pour établir des actes authentiques, celles-ci doivent toujours exiger l'original accompagné de sa traduction des copies ou extraits d'actes rédigés en langue étrangère, même si cette langue leur est familière (274).

(270) C. monét. fin., art. L. 561-5.
(271) P. Tarrade, *La comparution d'une personne étrangère dans un acte notarié : Defrénois* 12/2009, 38962, p. 1251 et s.
(272) C. Bidaud-Garon, *La prise en compte de l'état des personnes créé à l'étranger par le notaire français : JCP* N 29 mai 2015, n° 22, 1174.
(273) P. Tarrade, *op. cit.* , p. 1257.
(274) Instr. gén. relative à l'état civil (IGREC), 11 mai 1999, § 586-1.

En outre, ces actes d'état civil doivent également faire l'objet de la formalité de légalisation, thème qui sera étudié dans la troisième partie *infra*. Ce principe général connaît cependant un certain nombre d'exceptions (275).

Les actes d'état civil bénéficient d'une présomption de force probante, résultant de l'article 47 du Code civil. Cet article dispose que : « Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est régulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ».

Cet article appelle plusieurs observations :

Si l'acte d'état civil respecte la loi du lieu de rédaction, il aura force probante en France (276).

Mais si l'acte n'a pas été rédigé dans le respect de la forme usitée du pays, ou bien s'il est irrégulier, ou falsifié, il n'aura aucune force probante.

En pratique

L'application de cette règle peut parfois se manifester soit par la narration de la célébration de l'union, soit par un événement matrimonial d'ordre purement religieux ou consensuel. Deux exemples illustreront ce propos :

Le mariage religieux égyptien, marocain ou mauritanien dont l'événement qui se déroule en présence d'une autorité religieuse musulmane (l'*adoul*, le *kady*, ou l'*imam*), conformément aux us et coutumes locaux, sans transcription sur un registre le cas échéant, reste pleinement valable au regard de l'article 47 du Code civil.

Il en est de même pour le *common law marriage*, autrement appelé *reput and habit marriage*, qui permet à deux personnes dans certains États des États-Unis (277) de se considérer mariées sur la base d'un échange de consentements et des années de communauté de vie, sans avoir jamais formalisé leur union au terme d'une célébration ou d'une transcription.

A contrario, certaines situations qui semblent sans incidences en France peuvent avoir des conséquences à l'étranger : un ressortissant français, pilote de ligne, marié en France, a cependant, à l'occasion de ses multiples escales en Malaisie, créé une seconde famille en épousant une Malaisienne conformément au droit musulman.

Si, au moment du décès de monsieur, sa seconde épouse malaisienne ne peut revendiquer son statut de conjoint du fait de l'application de l'ordre public international qui ne peut produire d'effet atténué (278) en l'espèce, compte tenu du fait de l'interdiction stricte de bigamie pour les nationaux français, le patrimoine immobilier laissé en Malaisie a bien été dévolu aux deux épouses et aux enfants issus des deux unions.

Comment le notaire pourrait-il contrôler l'acte d'état civil étranger ? En ayant connaissance des règles *materiae ratione loci* des autorités étrangères, certes, mais encore ? Est-il vraiment raisonnable d'attendre du notaire, qui détient dans un dossier un acte d'état civil provenant de l'étranger, qu'il investigue pour rechercher l'ensemble du droit applicable à l'état civil dans ce pays ?

(275) IGREC, § 568 qui énonce la liste des principaux accords bilatéraux et multilatéraux actuellement en vigueur et relatifs à l'état civil. Sur les conventions bilatérales existantes, C. Bidaud-Garon, *Les conventions internationales en matière d'état civil : AJF* 2014, p. 341.

(276) H. Péroz et E. Fongaro, *Droit international privé patrimonial de la famille*, LexisNexis, coll. « Pratique notariale », 2e éd. 2017, p. 39, n° 74.

(277) Bien que le *common law marriage* soit désormais aboli en Angleterre, les États suivants ont maintenu cet héritage anglais et reconnaissent le *common law marriage* : Alabama, Colorado, Kansas, Iowa, Texas, South Carolina, Rhode Island : *JCl. Droit comparé*, V° *États-Unis d'Amérique*, fasc. 1, p. 5, nos 11 et 12.

(278) Pour un approfondissement de la notion, V. les travaux de la commission 1, *supra*, n° 1102.

Un auteur reconnaît que la surcharge de travail, outre les problèmes de traduction et de compréhension (et de coûts liés à ces prestations), rende impossible un contrôle systématique du respect du droit étranger (279).

Surtout « que la question du contrôle des actes de l'état civil étrangers par les notaires n'a jamais été envisagée par le législateur, pas même dans les débats parlementaires qui ont précédé les différentes réformes de l'article 47 du Code civil ». Comme le propose Mme Bidaud-Garon : « Devant un tel vide juridique, on ne peut que conseiller au notaire en proie à un doute sur la régularité, la falsification ou l'exactitude d'un acte étranger de demander à son client de lui fournir d'autres documents permettant de corroborer son état. Si ces documents ne permettent pas au notaire d'être certain de l'état de la personne, il semble alors fondé à refuser d'établir l'acte notarié demandé. Certes, selon l'article 3 de la loi du 25 ventôse an XI, les notaires sont tenus de prêter leur ministère lorsqu'ils en sont requis . Ils s'exposent à des sanctions disciplinaires et à une action en responsabilité s'ils le refusent sauf s'il existe de justes motifs. Or, l'incertitude sur l'état ou la capacité des parties à l'acte qui leur est demandé ou bien la suspicion d'une fraude peuvent à l'évidence être considérés comme de justes motifs » (280).

Pour d'autres auteurs, les *vérifications utiles* visées à l'article 47 ne concernent pas le notaire, qui ne semble pas pouvoir effectuer personnellement des recherches ou demander des pièces supplémentaires. La présomption de force probante, même si elle n'est pas irréfragable, « semble devoir s'imposer au notaire qui n'a pas les moyens juridiques de la contester » (281).

La solution est un compromis dont la Cour de cassation a pu déjà démontrer la pertinence. **2118**
La Haute Cour, à plusieurs occasions, a pu établir la règle selon laquelle **tant que la régularité de l'acte d'état civil n'est pas contestée, elle se présume** (282).

Dès lors, le notaire peut considérer comme régulier l'acte d'état civil à lui présenté : ce faisant, l'acte présenté bénéficie de la présomption de force probante, selon le principe de confiance réciproque accordé aux actes publics étrangers (sous réserve naturellement que les actes d'état civil étrangers relèvent effectivement de la catégorie des actes publics) (283).

(279) C. Bidaud-Garon, *op. cit.*, n° 8

(280) C. Bidaud-Garon, *op. cit.*, n° 9.

(281) H. Péroz et E. Fongaro, *op. cit.*, p. 40, n° 75 qui précisent que le décret n° 2015-1740 du 24 décembre 2015, relatif aux modalités de vérification d'un acte d'état civil étranger, instaure un délai aux autorités administratives pour effectuer les vérifications, autorités administratives parmi lesquelles ne figure pas le notaire.

(282) Jurisprudence citée par Mme Christine Bidaud-Garon, dans l'article préc. : Cass. 1re civ., 9 janv. 1974, n° 73-13.209 : *JurisData* n° 1974-000013 ; *Rev. crit. DIP* 1975, p. 257, note A. Huet ; *Gaz. Pal.* 1974, p. 380, note J. Viatte ; *JCP* G 1974, II, 17834. – Pour l'arrêt de la cour d'appel relatif à cette affaire : CA Aix-en-Provence, 24 nov. 1942 : *D.* 1943, p. 142. – V. égal. Cass. 1re civ., 12 juill. 2001, n° 00-12.219, non publié au bulletin. Récemment, en matière de filiation, cassation partielle au visa de l'article 47 : Cass. 1re civ., 29 nov. 2017, n° 16-50.061, F-PB : *Defrénois Flash* 18 déc. 2017, nos 50-52, p. 9.

(283) Me Pierre Tarrade, dans l'article précité, aborde la question des extraits d'actes de naissance des Britanniques, et relève fort à propos que ces documents finalement sont à la fois bien moins et bien plus que ce que le notaire français attend : « C'est bien moins car si l'extrait ou la copie d'un acte de naissance français est l'expédition d'un acte authentique, avec la force probante qui y est attachée, le certificat de naissance a une portée bien moindre. Sans compter que, là encore, il s'agit d'un instantané sans aucune mention marginale permettant d'identifier d'éventuelles évolutions. Mais c'est bien plus, car le certificat de naissance que détient le client n'est rien d'autre qu'un double original. Le notaire doit donc se garder, comme il en aura sans doute la tentation parce qu'il agit toujours ainsi avec le document français, de conserver ce document dans son dossier : l'incident diplomatique avec son client est assuré ! ». Aujourd'hui, l'incident diplomatique n'est plus à redouter, en vertu de l'article 1366 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 : en numérisant l'original du certificat de naissance qui lui est présenté, le notaire peut conserver cet écrit électronique qui a désormais la même force probante que l'écrit sur support papier puisque sera dûment identifiée la personne dont il émane, et que cet écrit électronique sera établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.

B/ Les nouvelles règles européennes issues du règlement n° 2016/1191 du 6 juillet 2016, applicables depuis le 16 février 2019

2119 Les contraintes évoquées ci-dessus relatives tant à la légalisation de l'acte qu'à sa traduction sont supprimées depuis le 16 février 2019 sur l'ensemble de l'Union européenne.

En effet, depuis l'entrée en application à cette date du règlement européen n° 2016/1191, tous les documents publics définis à l'article 3 dudit règlement (outre les actes d'état civil, font également partie des actes publics les actes notariés) sont non seulement dispensés de toute forme de légalisation et de formalité similaire (Règl., art. 4) (284), mais également des obligations de traduction. Une simplification opérée sur ce point est effectivement prévue à l'article 6 du règlement (285).

En supprimant toute légalisation et apostille sur les documents publics, en simplifiant l'utilisation des copies et traductions, et en développant l'usage des formulaires multilingues (V. *infra*, nos 2372 et s., Circulation de l'acte authentique), le règlement « Documents publics » a pour ambition de faciliter la libre circulation du citoyen européen dans l'espace de liberté, sécurité et justice au sein de l'Union européenne.

Cet objectif participe pleinement de la logique circulatoire de l'Union européenne, qui implique que non seulement les citoyens doivent pouvoir circuler librement dans l'Union (286), mais qu'ils doivent en outre pouvoir circuler avec leur statut, dont les actes d'état civil sont les meilleurs instruments pour relater la réalité d'une situation.

En adoptant le règlement « Documents publics », la volonté affichée est d'assurer la reconnaissance de la force probante, sans pour autant exclure la possibilité que la situation décrite (mariage, filiation...) ne puisse être contestée selon les voies de droit habituelles (287).

Cependant, la portée de ce règlement n'est pas complète, puisqu' « il ne s'applique pas à la reconnaissance dans un État membre d'effets juridiques attachés au contenu de documents publics délivrés par les autorités d'un autre État » (288).

(284) Règl. n° 2016/1191, 6 juill. 2016, art. 4 : « Dispense de légalisation et d'une formalité similaire : Les documents publics relevant du présent règlement et leurs copies certifiées conformes sont dispensés de toute forme de légalisation et de formalité similaire ».

(285) Règl. n° 2016/1191, 6 juill. 2016, art. 6 : Simplification d'autres formalités relatives aux traductions :
Art. 6-1 : « Une traduction n'est pas requise lorsque :
a) Le document public est établi dans la langue officielle de l'État membre où le document est présenté, ou, si cet État même a plusieurs langues officielles, dans la langue officielle ou l'une des langues officielles du lieu où le document est présenté ou dans toute autre langue expressément acceptée par cet État membre ; ou
b) un document public concernant la naissance, le fait d'être en vie, le décès, le mariage (y compris la capacité à mariage et la situation matrimoniale), le partenariat enregistré (y compris la capacité à conclure un partenariat enregistré et le statut de partenaire enregistré), le domicile et/ou la résidence, ou l'absence de casier judiciaire est accompagné, dans les conditions fixées par le présent règlement, d'un formulaire type multilingue, pour autant que l'autorité à laquelle le document public est présenté considère que les informations figurant sur ledit formulaire sont suffisantes pour traiter le document public ».
Règl. n° 2016/1191, 6 juill. 2016, art. 6-2 : « Une traduction certifiée conforme, établie par une personne qualifiée pour ce faire conformément au droit d'un État membre, est acceptée dans tous les États membres ».

(286) TFUE, art. 21, al. 1 : « Tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application ».

(287) E. Pataut, *Vers un état civil européen*, in *Mél. en l'honneur de S. Vrellis*, Nomiki Bibliothiki SA, 2013, p. 635 (halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01348967, document archivé le mardi 8 nov. 2016, consulté le 8 mai 2018).

(288) Règl. n° 2016/1191, art. 2-4.

Cette limite est expliquée au considérant 18, qui indique que le règlement n'a pas pour but de modifier le droit matériel des États membres concernant les conditions régissant les événements tels que la naissance, le mariage ou encore le décès. Pour cela, un compromis était nécessaire pour emporter l'accord politique de tous les États membres à cet instrument (289).

Depuis le 16 février 2019, ce règlement facilite donc le traitement des documents publics provenant d'autres États membres dans le périmètre de l'état civil, concernant la vie personnelle de tout citoyen européen : naissance, décès, statut matrimonial ou patrimonial ou encore le fait d'être en vie (290).

Focus

Même si l'adoption de ce règlement a pu entraîner quelques *satisfacci* modérés, compte tenu de la portée limitée de son champ d'application (291), il n'empêche que pour la pratique notariale, et la rédaction d'un acte international, le mérite est certain : le règlement supprime tout obstacle à la circulation des actes d'état civil provenant d'un État membre, et leur assure un régime unique et uniforme de circulation.

L'enchevêtrement des normes internationales qui sera étudié plus loin, entre les pays signataires de certaines conventions multilatérales de la Commission internationale de l'état civil (CIEC) seulement (V. *infra*, nos 2372 et s.), de la Convention « Apostille » (V. *infra*, nos 2351 et s.) ou d'autres conventions bilatérales ou multilatérales, voire d'aucune convention, n'aura plus lieu d'exister au sein de l'Union.

Par cette simplification, le notaire n'aura plus à s'inquiéter de savoir si un acte de naissance établi en Italie doit être dispensé de légalisation et d'apostille pour être versé dans son dossier franco-italien (Convention CIEC, no 2), il le sera automatiquement ; idem s'il provient d'Irlande (Convention de Bruxelles) ou de Grèce (Convention CIEC, no 17) ; de même, le notaire n'aura plus à s'inquiéter de savoir si l'acte de naissance établi en Pologne ou en Finlande devra être revêtu de l'apostille pour être versé dans son dossier ou pas (292) : en supprimant de manière unitaire et globale toute contrainte de formalité de légalisation ou similaire, le règlement pose un cadre uniformisé pour la circulation des documents publics européens.

Une reconnaissance simplifiée des actes d'état civil européens

En ayant pour principe la reconnaissance réciproque, le règlement « Documents publics » simplifie les démarches, et facilite la circulation des situations personnelles et familiales que décrivent les actes d'état civil. Ceci dans un objectif non dissimulé : favoriser la libre circulation

(289) L. d'Avout, *Chroniques de droit international privé de l'Union européenne : JDI* oct. 2017, no 4, chron. 11.

(290) Règl. no 2016/1191, art. 2.

(291) Mme Emmanuelle Bonifay évoque une circulation limitée des documents publics au regard des insuffisances substantielles du règlement, qui reste sans effet sur la reconnaissance des situations familiales, d'une part, et qui ne va guère plus loin au regard de l'acquis déjà existant pour la circulation compte tenu des travaux et ratifications des conventions signées dans le cadre des accords internationaux et de la Commission internationale de l'état civil, d'autre part : E. Bonifay, *La circulation des citoyens européens entre États membres au lendemain de l'adoption du règlement « Documents publics » : JDI* avr. 2017, no 2, doctr. 7.

(292) Ces exemples ont été inspirés de ceux présentés par P. Callé dans son rapport établi pour la commission JURI : *Activités transnationales dans l'Union. Faciliter la vie des citoyens [Excerpt]*, p. 10, en ligne sur : www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU(2015)510003_FR.pdf, consulté le 25 juin 2018.

des citoyens européens, et avec elle leur situation personnelle et familiale dont les actes d'état civil rendent compte (293), le tout dans un seul but : maintenir et développer l'espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, consacré à l'article 67 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (294).

En pratique : le notaire français et l'état civil de ses clients européens

Depuis le 16 février 2019, les actes d'état civil concernant des ressortissants d'un État membre devant comparaître à un acte notarié n'ont plus à faire l'objet d'aucune traduction, ni de légalisation ; dans la mesure où les documents présentés au notaire sont des copies certifiées simplement par l'autorité locale qui les délivre, ils suffisent désormais pour justifier de la situation personnelle de la partie comparante.

2120 Après avoir énoncé les règles générales (V. *supra*, n° 2117), puis les nouvelles règles européennes (V. *supra*, n° 2119), il est apparu intéressant, pour conclure cette partie, d'évoquer quelques particularités remarquables que le notaire peut rencontrer en présence de personnes devant comparaître à l'acte.

C/ Quelques particularités en matière d'état civil dans un contexte international

2121 Ces particularités peuvent être classées en deux catégories : il s'agit de mettre en avant les éléments d'extranéité en rapport direct avec le *for* français, et ceux n'ayant aucune incidence sur le système français, que ce dernier accepte simplement de reconnaître.

I/ Éléments d'extranéité ayant une incidence directe avec le *for* français

a) Le cas des binationaux français

2122 En premier lieu, il convient d'évoquer le cas des binationaux français qui bénéficient depuis la loi du 18 novembre 2016, des dispositions du premier alinéa de l'article 61-3-1 du Code civil. Cet article dispose que : « Toute personne qui justifie d'un nom inscrit sur le registre de l'état civil d'un autre État peut demander à l'officier de l'état civil dépositaire de son acte de naissance établi en France son changement de nom en vue de porter le nom acquis dans cet autre État ».

Bien que cette mesure issue de la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle (dite « loi J21 ») permette de manière indéniable la mise en place d'une procédure simplifiée de

(293) Mme Emmanuelle Bonifay (*op. cit.*) pense que : « Si cette seconde interprétation du texte semble la plus bénéfique [présomption implicite de la force probante renforcée des actes publics] pour simplifier réellement la circulation des citoyens dans l'Union européenne, il semble malheureusement difficile de la retenir car le règlement exclut de son champ d'application la question de la force probante des documents publics. Dès lors, il ne reste qu'à espérer tout au moins que la circulation facilitée de l'acte d'état civil permettra en pratique de faciliter la circulation de la situation dont il rend compte, bien que cela ne soit pas textuellement prévu ».
Cet espoir est partagé par M. le Professeur Étienne Pataut qui, moins inquiet sur l'avenir, considère « qu'il est plus que probable que l'impact d'un tel règlement, malgré son ampleur apparemment limitée, sera beaucoup plus important à long terme. À partir du moment en effet où un acte d'état civil circule automatiquement d'un État membre à l'autre, il est plus que probable que les situations qu'il décrit ne seront remises en cause que dans des cas extrêmement rares et lourdement contentieux ». E. Pataut, *Et le statut personnel ? : RTDE* 2016, p. 648.

(294) TFUE, art. 67, al. 1re : « L'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres ».

changement de nom pour un binational, avec désormais l'officier d'état civil comme interlocuteur principal (et non plus le procureur de la République), le risque de voir porter atteinte au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes est réel, tout comme le risque de fraude et d'usurpation d'identité (295).

Ce mouvement de simplification, initié en France par la loi « J21 », est appliqué avec respect, notamment par la cour administrative d'appel de Paris. C'est ainsi que cette juridiction a rendu un arrêt en avril 2018 (296), alors qu'elle était saisie par des personnes binationales franco-tunisiennes qui réclamaient le changement de leur nom sur le fondement de l'article 61 du Code civil (297). Tout en ayant rejeté leur demande, faute de caractériser l'intérêt légitime, la cour fait cependant état de la nouvelle procédure de l'article 61-3-1 du Code civil, en leur suggérant une démarche directement auprès de l'officier d'état civil cette fois.

Ce phénomène n'est pas seulement limité à la France, mais s'étend à l'Union : dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice, l'autorité locale doit accepter de reconnaître une équivalence de principe de tous les systèmes d'état civil européens, comme participant à la reconnaissance de la citoyenneté européenne et du principe de libre circulation, ainsi que la Cour de justice de l'Union européenne a pu en décider dans un arrêt rendu le 8 juin 2017 (298).

Ce mouvement de simplification se trouve également renforcé au sein de l'Union, dans le respect des articles 18 (non-discrimination) et 21 (libre circulation) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (299), à la suite de l'arrêt du 8 juin 2017 précité, qui semble encore une fois mettre en évidence la place de plus en plus prégnante de la volonté dans le cadre du statut personnel (300), peut-être au détriment d'une sécurisation efficiente de ce critère de rattachement en droit international privé. **2123**

En effet, face à un état civil « changeant », au moyen duquel un ressortissant binational peut aussi être « binommé », le notaire chargé d'en contrôler l'état civil peut se trouver bien démuni : il pourrait ne pas être en mesure de fonder avec certitude l'identité que le client lui décline, comme étant en cours de changement au moment précis de la passation de son acte (301).

b) Le cas des personnes nées en Alsace-Moselle entre 1940 et 1944

Une autre particularité en matière d'état civil ayant une incidence directe avec le système français réside dans la francisation du nom patronymique des personnes nées en Alsace-Moselle entre 1940 et 1944. **2124**

(295) V. Poure, *Le volet état civil de la loi J21 : état des lieux au lendemain des décrets d'application et circulaires de présentation : Dr. famille* juill.-août 2017, étude 11, p. 2, n° 4.
(296) CAA Paris, 12 avr. 2018, n° 17PA03965 : *RJPF* 2018-6/15, p. 22 (arrêt en ligne sur : juricaf.org).
(297) Changement de nom sur intérêt légitime, et par arrêté du ministre de la Justice, garde des Sceaux.
(298) CJUE, 8 juin 2017, aff. C-541/15 (curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&num=C-541/15).
(299) TFUE, art. 18, al. 1er : « Dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité« .
TFUE, art. 21, al. 1er : « Tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application ».
(300) P. Hammje, *Reconnaissance par un État membre du nom patronymique acquis par l'un de ses nationaux auprès d'un autre État membre dont il a aussi la nationalité : Rev. crit. DIP* oct.-déc. 2017, p. 549, n° 1.
(301) Cette hypothèse n'est malheureusement pas qu'une hypothèse d'école, mais un cas bien concret vécu lors de l'instruction d'un dossier avec comme preneur à bail un gérant franco-australien dont le nom patronymique, au moment précis de la signature de l'acte de dation à bail au profit de sa société, était en cours de changement.

En effet, durant la Seconde Guerre mondiale, et à la suite de l'annexion à l'Allemagne des départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, les personnes qui y sont nées ont pu voir leur nom patronymique ainsi que leur prénom germanisés par les autorités allemandes.

De plus, leurs actes d'état civil étaient, durant cette période, rédigés en allemand.

À une question écrite au gouvernement de savoir si ces personnes pouvaient utiliser le nom à consonance française de leurs parents avant 1940, qui fut à nouveau pratiqué après 1944, la réponse ministérielle qui indique « qu'en application du principe d'immutabilité du nom posé par la loi du 6 fructidor an II, le nom de tout citoyen français est celui qui résulte de son acte de naissance. La demande de francisation du patronyme d'une personne née entre 1940 et 1944, de parents français, peut être analysée en une simple demande d'attribution de nom du parent, qui, conformément aux règles de dévolution du patronyme en droit français, lui a transmis le sien. Aussi, le droit pour une personne d'utiliser le nom de ses parents à consonance française peut trouver sa solution par la voie d'une rectification des actes d'état civil, sur instruction du procureur de la République, en réponse à une demande présentée par les intéressés eux-mêmes » (302).

Quant aux prénoms germanisés durant la même période historique, une réponse ministérielle plus récente indique que, pour les personnes qui se sont vu imposer des prénoms germanisés par les autorités allemandes, lors de l'établissement de leurs actes de l'état civil rédigés en allemand, alors que : « l'emploi de la langue française revêtant un caractère obligatoire pour l'établissement des actes de l'état civil, les copies des actes dressés en langue allemande dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle pendant l'annexion de ces départements par l'Allemagne, doivent être délivrées en langue française. Si l'officier d'état civil ou l'agent communal habilité à délivrer ces copies est bilingue, il peut traduire l'acte originaire en certifiant sa traduction. À défaut, il convient de recourir à un traducteur assermenté dont le coût incombe à la commune. **Cette traduction n'emporte pas francisation automatique de l'état civil** des personnes concernées. L'attention du ministère de l'Intérieur a souvent été appelée sur les difficultés rencontrées par les citoyens français nés dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle entre 1940 et 1945 pendant l'annexion par l'Allemagne, qui se sont vu attribuer un prénom germanisé. En accord avec la chancellerie, le ministère de l'Intérieur a autorisé que, dans leurs démarches administratives, notamment relatives à la délivrance de titres, ces personnes portent le prénom français issu de la traduction dans notre langue de leur prénom germanisé. Cette procédure de francisation est appliquée sous réserve que les intéressés soient en mesure de présenter d'autres documents officiels mentionnant leur prénom francisé. Si tel n'est pas le cas, l'usager doit introduire, dans les conditions prévues par l'article **60 du Code civil**, une procédure de changement de prénom qui aboutira alors à la rectification de son acte de naissance » (303).

2125 Outre ces particularités concernant l'état civil des binationaux, ou de la population vivant dans une région devenue pour un temps étrangère, d'autres particularités concernant l'état civil des étrangers n'ayant aucune incidence directe avec le *for* français peuvent être signalées, l'état des personnes constaté à l'étranger ne nécessitant aucune formalité particulière pour pouvoir être invoqué en France (304).

(302) Rép. min. nº 32407 : *JOAN* Q 27 sept. 1999, p. 5637.

(303) Rép. min. à QE nº 1577 : *JO* Sénat Q 22 mars 2018, p. 1374 (www.senat.fr/questions/jopdf/2018/2018-03-22_seq_20180012_0001_p000.pdf, consulté le 24 juin 2018).

(304) Pour un rappel efficace de ce principe : M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 9e éd. 2018, p. 883, nº 1500.

II/ Particularités en matière d'éléments d'extranéité sans lien direct avec le *for* français

Si, en France, les articles 6 du 6 fructidor an II et 112-1 de l'instruction générale relative à l'état civil interdisent à tout citoyen français de porter un autre nom que celui exprimé dans son acte de naissance, les femmes mariées ne devant jamais être désignées dans les actes sous le nom de leur époux, mais sous le nom résultant de leur acte de naissance, d'autres États admettent la possibilité de voir acquérir un nom par substitution ou adjonction. **2126**

Il en est ainsi par exemple en matière de législation ukrainienne, belge ou allemande.

a) La règle ukrainienne de substitution définitive du nom de l'époux au nom de naissance de la femme mariée

La femme de nationalité ukrainienne, en se mariant en Ukraine avec un homme de nationalité ukrainienne acquiert le nom de son époux, qui se substitue définitivement à son nom de naissance, même après la dissolution du mariage. Si cette même personne se remarie, elle sera identifiée sur son acte de (re)mariage sous le nom de son ex-conjoint, sans pouvoir reprendre l'usage de son nom de naissance. **2127**

Dans ces conditions, des difficultés peuvent naturellement survenir si le passeport, établi après la célébration de sa première union, reste toujours valable durant sa deuxième union : son état civil se trouvera en contradiction avec son acte de naissance présenté, même régulièrement traduit et apostillé, qui mentionne un nom de naissance n'ayant plus cours.

Afin de contourner cette difficulté, l'ambassade d'Ukraine à Paris prévoit la délivrance de certificats de coutume précisant cette situation. Il est à noter une originalité : le certificat de coutume contient une photo de la ressortissante estampillée du sceau de l'ambassade.

Cette méthode prétorienne permet ainsi aux ressortissantes ukrainiennes mariées de pouvoir justifier auprès du notaire de leur état civil tout en fournissant les explications utiles.

b) La règle belge de conservation, de substitution ou d'adjonction du nom marital

Le droit matériel belge ne prévoit pas l'acquisition par l'épouse du nom de son mari, le mariage restant en principe sans incidence sur le nom des époux (d'ailleurs comme le divorce ou le veuvage : l'épouse, quel que soit son statut, conserve en tout état de cause son nom de naissance). Les usages, qui sont les mêmes que ceux connus en France, permettent toutefois dans la vie courante l'utilisation du nom du conjoint. **2128**

Cependant, il est possible pour les époux de choisir un nom à l'occasion du mariage, en vertu de l'article 76-11° du Code civil belge : « On énoncera dans l'acte de mariage : le nom choisi par un époux à l'occasion du mariage conformément au droit de l'État dont il a la nationalité », et en vertu de l'article 38, alinéa 2 du Code de droit international privé belge : « Lorsque le droit de l'État dont l'un des époux a la nationalité lui permet de choisir un nom à l'occasion du mariage, l'officier de l'état civil mentionne ce nom dans l'acte de mariage » (305).

Néanmoins, il convient de préciser que seul l'époux dont la loi nationale permet un choix de nom pourra en bénéficier : cet époux pourra ainsi choisir le nom de l'autre conjoint, bien que ce choix ne soit pas autorisé pour le conjoint de nationalité belge (306).

(305) www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2004/07/16/2004009511/justel, consulté le 24 juin 2018.
(306) *Guide pratique international de l'état civil*, V° *Belgique*, p. 62, 7.2.2. (en ligne : www.ciec1.org/SITECIEC, consulté le 24 juin 2018).

c) Les règles allemandes de reconnaissance d'état civil

2129 Le droit matériel allemand prévoit des règles d'une particulière souplesse en matière d'état civil en général (307), tant pour le changement de nom à la suite de la célébration d'une union, que pour un autre thème plus profond, l'intersexualité. La question de l'identité du genre est sur le point de s'inviter dans tous les systèmes juridiques. La chronique qui en est annoncée en France laisse inéluctablement présager une série de nombreuses réformes susceptibles de bouleverser en France les schèmes sociétaux. En la matière, l'Allemagne marque un temps d'avance, ainsi qu'il va être expliqué.

i - La reconnaissance du changement de nom

2130 Si le mariage n'a pas d'effet automatique sur le nom des époux, ces derniers peuvent cependant choisir un nom matrimonial commun qu'ils porteront tous deux pendant l'union (BGB, art. § 1355, Abs. 1, Satz 1 et 2) (308) et qu'ils pourront même conserver après la dissolution du mariage (BGB, § 1355, Abs. 4), tout comme chaque époux peut décider de reprendre, d'ajouter avant ou après son nom matrimonial, son nom de naissance (LpartG, § 1355, Abs. 3).

Les époux peuvent également décider de conserver leur nom (BGB, § 1355, Abs. 1, Satz 3).

Si les époux prennent un nom matrimonial, ils pourront le modifier après le mariage dans le respect d'une procédure administrative prévue par la loi sur le changement des noms de famille et des prénoms (*NamÄndG*). Le nom matrimonial sera modifié de plein droit (avec l'accord des époux) en cas d'événement familial (comme une adoption).

Au décès du premier, l'époux survivant pourra, soit :
- conserver ce nom matrimonial durant son veuvage ;
- demander de reprendre, ajouter, avant ou après le nom matrimonial, son nom de naissance ou le nom porté au moment du choix du nom matrimonial ;
- conserver ce nom matrimonial après son remariage.

Ces choix de nom sont également ouverts aux partenaires enregistrés (309).

Cette souplesse qui caractérise le droit allemand ne se limite pas au nom, à ses modalités d'attribution ou de changement. Elle va permettre à l'Allemagne de se préparer à une mutation majeure en droit des personnes, à la reconnaissance d'un troisième genre, ni féminin ni masculin.

ii - La reconnaissance de l'intersexualité (le troisième genre)

2131 L'accord de coalition trouvé entre la CDU-CSU et le SPD le 7 février 2018 pour la 19e période de législature, intitulé : « Un nouveau départ pour l'Europe. Une nouvelle

(307) Le changement de nom volontaire est régi par les dispositions de l'article 48 EGBGB (loi d'introduction au Code civil allemand) ; pour une illustration allemande de la place de la volonté dans l'attribution initiale comme dans la faculté de changer volontairement de nom, P. Hammje, *Reconnaissance par un État membre du nom patronymique acquis par l'un de ses nationaux auprès d'un autre État membre dont il a aussi la nationalité : Rev. crit. DIP* oct.-déc. 2017, p. 549 et s.

(308) BGB, § 1355, 1 et 2 : Nom conjugal. Les époux doivent déterminer un nom de famille commun (nom conjugal). Les époux portent le nom conjugal qu'ils ont choisi. Si les époux n'ont pas déterminé de nom conjugal, ils portent encore après la célébration du mariage le nom qu'ils portaient au moment de cette célébration.
Les époux peuvent par déclaration au bureau de l'état civil choisir comme nom conjugal le nom de naissance de la femme ou du mari ou le nom porté par l'un d'eux au moment de la déclaration sur la détermination du nom conjugal.

(309) *Guide pratique international de l'état civil*, V° *Allemagne*, p. 35-36, 7.2.1 à 7.2.8. (www.ciec1.org/SITECIEC, consulté le 24 juin 2018).

dynamique pour l'Allemagne. Une nouvelle cohésion pour notre pays » (310) proclame : « Nous respectons la diversité sexuelle. Toutes les personnes doivent pouvoir, indépendamment de leur identité sexuée, vivre libres et en sécurité – avec les mêmes droits et devoirs. Nous dénonçons l'homophobie et la transphobie et allons à l'encontre de toute discrimination. Nous allons, pour cela, transposer les prescriptions de la Cour constitutionnelle. Nous allons clarifier légalement les cas où les interventions médicales visant à ajuster l'identité sexuée des enfants ne sont uniquement autorisées dans des cas dans lesquels une intervention médicale ne peut être reportée et pour écarter un danger de mort » (311).

Cette déclaration d'intention fait réponse à la décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 10 octobre 2017 (312) qui considère que la loi allemande sur l'état civil viole les droits fondamentaux de la personne requérante, et a obligé le législateur allemand à créer avant le 31 décembre 2018 une nouvelle réglementation selon laquelle les registres d'état civil doivent soit inscrire, en plus du genre féminin et masculin, un troisième genre (intersexué), soit supprimer la notion même de genre. En effet, la Cour considère que ce choix binaire ne permet pas de respecter les individus dont le développement sexuel présente des variantes du développement sexuel féminin et masculin, qui ne peuvent par conséquent être inscrits sur les registres d'état civil selon leur véritable identité sexuée.

Cette position adoptée dans l'arrêt du 10 octobre 2017 par la Cour constitutionnelle fédérale allemande sur le genre neutre (ni féminin ni masculin) vient confirmer le droit pour les parents, qui existe déjà depuis 2013 en Allemagne, de renoncer à mentionner le sexe de leur enfant intersexué à la naissance (313). **2132**

Elle fait écho à la résolution n° 2191 du 12 octobre 2017 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe intitulée « Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes » (314), qui préconise notamment en ce qui concerne l'état civil : « La reconnaissance juridique du genre que les lois et les pratiques relatives à l'enregistrement des naissances en particulier à l'enregistrement des sexes des nouveau-nés, respectent dûment le droit à la vie privée en laissant une latitude suffisante pour prendre en compte la situation des enfants intersexes sans contraindre ni les parents ni les professionnels de santé à révéler inutilement le statut intersexe d'un enfant ; à simplifier les procédures de reconnaissance juridique du genre conformément aux recommandations adoptées par l'assemblée dans sa résolution 2048 ; (...) lorsque les pouvoirs publics recourent à des classifications en matière de genre, à veiller à ce qu'il existe un ensemble d'options pour tous, y compris les personnes intersexes qui ne s'identifient ni comme homme ni comme femme ; à envisager de rendre facultatif pour tous l'enregistrement du sexe sur les certificats de naissance et autres documents d'identité et à veiller, conformément au droit au respect de la vie privée, à ce que les personnes intersexes ne soient pas privées de la possibilité de conclure un partenariat civil ou un mariage, ou de rester dans une telle relation après la reconnaissance juridique de leur genre ».

(310) www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/d000566-allemagne-un-quatrieme-mandat-pour-angela-merkel/la-grande-coalition-renouvelee-14-mars-2018, consulté le 25 juin 2018.

(311) La traduction de ce texte est tirée de l'article de K. Lugani, *Le troisième genre - du point de vue allemand : RJPF* 2018-6/42, p. 46 et s.

(312) N° 1 BvR 2019/16,

(313) I. Corpart, *Prise en considération du sort des personnes intersexuées et avancées européennes en matière de 3e sexe : RJPF* 2018-1/10, p. 17.

(314) Site du Conseil de l'Europe : assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-FR.asp?FileID=24232, consulté le 25 juin 2018.

2133 L'Union européenne, en adoptant la résolution du 12 octobre 2017, ne fait que confirmer la démarche initiée auparavant, tant dans ses directives (315) que dans ses recommandations antérieures (316).

2134 Alors qu'en France, le 4 mai 2017, la Cour de cassation a rejeté une demande d'inscription dans un acte de naissance de la formule « sexe neutre » (317), considérant que la binarité des sexes est un élément fondateur de l'organisation sociale et juridique, et que la reconnaissance par le juge d'un « sexe neutre » aurait des répercussions profondes sur les règles du droit français construites à partir de la binarité des sexes et impliquerait de nombreuses modifications législatives de coordination.

Cet arrêt rendu ne semble pas avoir pris en compte l'avis rendu par la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), qui, consultée par lettre cosignée par la garde des Sceaux et la ministre des Droits des femmes en date du 8 janvier 2013, préconise non seulement la reconnaissance de la notion juridique d' « identité de genre », déjà entrée en vigueur dans le droit européen et international, mais surtout le remplacement des termes « identité sexuelle »par ceux d'« identité de genre ». La Commission souligne également que : « L'introduction du critère d'"identité de genre" dans la législation permettrait de mettre le droit français en conformité avec le droit européen et international » et que l'introduction de cette notion dans : « l'arsenal législatif n'engage aucunement à prendre part sur les orientations et les échanges des chercheurs en sciences sociales sur les études du genre, la notion d'"identité de genre" ne faisant que renvoyer à une perception et à un vécu intimes de soi déconnectés des déterminations physiologiques » (318).

Même si un arrêt rendu récemment par la cour d'appel de Montpellier le 14 novembre 2018, à la faveur des dispositions de l'article 61-5 du Code civil, issu de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, donne à penser qu'une évolution se met en œuvre : les juges ont reconnu dans cette affaire l'usage neutre du terme « parent biologique » pour l'établissement de la filiation légitime de l'enfant à l'égard de ses deux parents mariés, alors, d'une part, que la naissance de ce troisième enfant est intervenue après le changement de sexe d'un des deux conjoints (initialement homme, ce conjoint a changé de sexe tout en ayant conservé ses attributs masculins après ce changement) et que, d'autre part, le

(315) Les premières concernent :
- PE et Cons. UE, dir. 2011/95/UE, 13 déc. 2011 (directive « Qualification asile ») : dans le considérant 30, il est notamment indiqué, s'agissant de définir la notion de « groupe social », de : « prendre dûment en considération les questions liées au genre du demandeur – notamment l'identité de genre et l'orientation sexuelle, qui peuvent être liées à certaines traditions juridiques et coutumes, résultant par exemple dans des mutilations génitales, des stérilisations forcées ou des avortements forcés – dans la mesure où elles se rapportent à la crainte fondée du demandeur d'être persécuté »;
- PE et Cons. UE, dir. 2012/29/UE, 25 oct. 2012, établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre n° 2001/220/JAI du Conseil. Cette directive énonce pour la deuxième fois la notion d'identité de genre dans le considérant 9, énumérant la liste des non-discriminations avec lesquelles les victimes de criminalités devraient être traitées par les autorités compétentes.

(316) Dans la résolution 1948 adoptée le 27 juin 2013, au paragraphe 9 : « Partant de ces considérations et soulignant que sa Résolution 1728 (2010) sur la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre reste d'actualité, l'Assemblée invite les États membres du Conseil de l'Europe : (...) 9.1.2. : à s'assurer que tout nouvel instrument juridique et politique qu'ils adoptent dans le domaine de l'égalité et de la non-discrimination inclut explicitement l'orientation sexuelle et l'identité de genre ; (...) ».

(317) Cass. 1re civ., 4 mai 2017, n° 16-171.89, publié au bulletin (www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000034653561, consulté le 25 juin 2018).

(318) CNCDH, avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil : *JO* 31 juill. 2013, n° 176, § 11, 12 et 14 (www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000027778791, consulté le 14 juill. 2018).

couple, alors hétérosexuel, était déjà parent de deux premiers enfants légitimes nés antérieurement au changement de sexe (319).

Tandis qu'en Grèce, la loi du 10 octobre 2017 permet le changement de sexe à partir de quinze ans, le Luxembourg prépare une réforme visant à reconnaître le troisième genre dans son état civil ; en Australie est reconnu le droit à toute personne intersexuée de faire apparaître la mention « genre neutre » sur les actes officiels (320) ; Malte a adopté le 1er avril 2015 une loi intitulée *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act* (321), la première loi à interdire les interventions chirurgicales ou traitements des caractères sexuels des mineurs sans leur consentement préalable et éclairé ; et en Birmanie, en Inde, en Malaisie, au Népal, en Thaïlande, les personnes transgenres sont reconnues (322).

Il en est de même en Argentine (323), en Nouvelle-Zélande ainsi qu'aux États-Unis, où la ville de New York a délivré en 2016 le premier certificat de naissance portant la mention « intersexe » (324).

Selon les Nations unies, entre 0,05 % et 1,7 % de la population mondiale serait intersexuée (325).

En pratique

Le notaire devant lequel comparaît une personne relevant des règles d'état civil d'un État reconnaissant le genre intersexué vise dans son acte l'état civil du client conforme à la législation du pays dont il a la nationalité, dans la mesure où l'acte d'état civil à lui présenté remplit tous les critères énumérés à l'article 47 du Code civil, le tout conformément aux principes énoncés par l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation le 9 janvier 1974 (analysés *supra* aux nos 2117 et 2118).

(319) CA Montpellier, 3e ch. A et B réunies, 14 nov. 2018, no 16/06059. – G. Kessler, *La désexualisation de la parenté : AJF* déc. 2018, p.684.

(320) En 2013, l'Australie a adopté une loi intitulée *Sex Discrimination Amendment (Sexual Orientation, Gender Identity and intersex Status) Act*, la première loi à interdire expressément la discrimination fondée sur le statut intersexe (Haut Commissariat des droits de l'homme des Nations unies : www.unfe.org/wp-content/uploads/2017/05/Intersex-FR.pdf, consulté le 14 juill. 2018).

(321) meae.gov.mt/en/Public_Consultations/MSDC/Pages/Consultations/GIGESC.aspx, consulté le 15 juill. 2018.

(322) I. Corpart, *op. cit.* p. 17-18.

(323) La loi argentine no 26743 du 23 mai 2012 prévoit une procédure de changement de nom et de sexe entièrement déjudiciarisée, de sorte que la procédure déclarative va de pair avec la reconnaissance d'un nouveau droit subjectif, celui du droit à la reconnaissance de son identité de genre, droit qui sert de fondement et de justification à la procédure déclarative. Cette même loi prévoit également qu'en cas d'un deuxième changement de sexe, la procédure de changement doit alors être exécutée devant l'autorité judiciaire, et non plus simplement devant l'officier d'état civil. Elle a été intégrée à l'article 69 *in fine* du chapitre 4 du Code civil et commercial argentin dont la traduction pourrait être : « Sont considérés comme justes motifs et ne nécessitent pas d'intervention judiciaire, le changement de prénom sur **la base de l'identité de genre** et le changement de nom de famille, en étant victime de disparition forcée, appropriation illicite ou une modification ou suppression de l'état matrimonial ou l'identité » (ministère de la Justice et des Droits humains du gouvernement argentin : http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#6, consulté le 14 juill. 2018).

(324) *L'Allemagne en passe de reconnaître le « troisième sexe » : Le Parisien* 8 nov. 2017 (www.leparisien.fr/societe/l-allemagne-en-passe-de-reconnaitre-le-troisieme-sexe-une-premiere-en-europe-08-11-2017-7381455.php, consulté le 25 juin 2018).

(325) Article paru dans *Le Parisien*, préc. ; Haut Commissariat des Nations unies, Note d'information *Intersexe, Libres et égaux* (www.unfe.org/fr/itstime/, consulté le 14 juill. 2018). En outre, selon le Rapport sur le développement humain 2016 – *Le développement humain pour tous* – de l'ONU, en Australie, 3 % de la population adulte s'identifiait en 2014 comme gays, lesbiennes ou « autres » (disponible sur le site : http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2016_report_french_web.pdf, consulté le 25 juin 2018).

Face à cette évolution, la pratique notariale française se doit de s'adapter, en intégrant dans ses bibles de rédaction d'actes la possibilité de désigner dans la comparution des parties en provenance d'un État ayant adopté cette notion, un genre neutre qui, en pratique, pourrait passer par la disparition de la mention « genrée » *Monsieur* ou *Madame*, ou tout au moins par la possibilité de ne pas l'indiquer.

Le droit positif français s'articule actuellement autour des catégories sexuées homme-femme. Comme l'a écrit un auteur, « elles innervent toujours notre législation », assurant en cela « le fondement de notre organisation sociale et juridique » (326).

§ II Les règles spéciales de transcription sur les registres d'état civil français

2135 Même si l'étude des régimes matrimoniaux et des pactes civils de solidarité sera analysée par la troisième commission (327), la question sera abordée ici exclusivement sous l'angle des règles d'opposabilité spécifiques à l'état des personnes, dont l'événement est survenu à l'étranger. Elles sont en effet essentielles pour le notaire rédacteur qui doit les maîtriser pour lui permettre d'effectuer le travail de contrôle et d'analyse relevant de l'identification des parties à son acte.

Plus précisément, l'étude portera sur les transcriptions sur les registres d'état civil français de tout événement survenu à l'étranger et pouvant concerner soit l'état des personnes ressortissantes françaises, soit l'état des étrangers demeurant en France.

Qu'il s'agisse d'un mariage ou d'un partenariat entre Français, ou entre un Français et un étranger, célébré ou enregistré hors de France, les règles de validité desdites unions sont soumises à des conditions de publicité spécifiques pour en assurer leur opposabilité en France.

A/ Concernant le mariage de Français en pays étranger

2136 Tandis que les mariages célébrés à l'étranger pour tous les couples de nationalité étrangère sont directement opposables à l'égard de tous en France (328), dès la célébration de l'union dans le pays d'origine, les couples mariés français (ou dont un membre est Français) doivent respecter les conditions de transcription prévues à l'article 171-5 du Code civil (329).

En effet, même si l'article 171-1 du Code civil prévoit que le mariage contracté en pays étranger entre Français ou entre un Français et un étranger est valable s'il a été célébré dans les formes usitées du pays de célébration, les effets de cette union ne pourront être constatés, et le mariage opposable aux tiers, que lorsque l'acte de mariage étranger aura fait

(326) J.-R. Binet, *Sexe neutre : un refus catégorique : Dr. famille* juill.-août 2017, étude 9.

(327) Pour les partenariats enregistrés : V. *infra*, commission 3, Partie II, Titre I, Sous-titre II, Chapitres I et II : n^{os} 3082 et s.
Pour les mariages et régimes matrimoniaux : V. *infra*, commission 3, Partie II, Titre II, Chapitres I et II : n^{os} 3127 et s.

(328) B. Sexe, *L'opposabilité rétroactive du mariage d'un ressortissant français célébré à l'étranger : Gaz. Pal.* 4 avr. 2017, n^{o} 14, 1120.

(329) C. civ., art. 171-5 : « Pour être opposable aux tiers en France, l'acte de mariage d'un Français célébré par une autorité étrangère doit être transcrit sur les registres de l'état civil français. En l'absence de transcription, le mariage d'un Français, valablement célébré par une autorité étrangère, produit ses effets civils en France à l'égard des époux et des enfants. Les futurs époux sont informés des règles prévues au premier alinéa à l'occasion de la délivrance du certificat de capacité à mariage. La demande de transcription est faite auprès de l'autorité consulaire ou diplomatique compétente au regard du lieu de célébration du mariage ».

l'objet d'une transcription sur les registres de l'état civil français en application de l'article 171-5 du Code civil.

Depuis la loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006, le contrôle de validité des mariages contractés par des Français à l'étranger a été rapproché des moyens de contrôle célébrés en France (330).

Par ailleurs, si l'article 171-5 du Code civil conditionne l'opposabilité du mariage étranger à sa transcription sur les registres d'état civil, aucune condition de durée pour effectuer cette formalité n'est prévue par la loi. C'est ainsi qu'il a pu être jugé que la transcription du mariage a un effet rétroactif depuis la célébration du mariage (331).

Cette décision de la Cour de cassation du 7 décembre 2016 va au-delà de ces règles d'opposabilité du mariage étranger : le litige tranché concernait en fait un mariage homosexuel entre un Italien et un homme de nationalité franco-espagnole célébré à Madrid, avant la loi du « Mariage pour tous » en France. Elle assure la reconnaissance du mariage célébré à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la loi.

Au regard de ces éléments, « en décidant que la transcription prescrite par l'article 171-5 rend la qualité de conjoint opposable aux tiers depuis la date du mariage, la première chambre civile se livre incontestablement à une interprétation *contra legem* de l'article 21 [L. n° 2013-404, art. 21 : "le mariage peut faire l'objet d'une transcription dans les conditions prévues aux articles 171-5 et 171-7 du Code civil. À compter de la date de transcription, il produit effet à l'égard des tiers"] » (332).

En pratique : vérifications nécessaires

Il paraît essentiel pour les notaires de vérifier que la transcription de l'acte de mariage a bien été effectuée sur les registres d'état civil (en l'occurrence, rien n'est plus simple en parcourant l'acte de naissance du client puisque pour rappel, cette formalité ne concerne que les Français mariés à l'étranger), afin d'avoir l'assurance par exemple, que le contrat de mariage présenté dans un dossier d'achat immobilier par les acquéreurs soit bien en mesure de produire tous ses effets à l'égard des tiers (vendeur, prêteur...).
À défaut, la responsabilité du notaire pourra être recherchée si le contrat de mariage, du fait de l'absence de transcription du mariage sur les actes de naissance, ne pourra pas remplir son office : attention à bien se préserver la preuve d'avoir averti les clients sur leur situation en cas d'absence de transcription, car il ne sera pas donné cher à penser que le défaut de conseil viendra sanctionner cet « oubli ».

2137 Si cette disposition issue de la loi du 14 novembre 2006 paraît avoir été motivée par un souci de lutte contre les mariages simulés, pour nombre d'auteurs, elle semble excessive (333), voire génératrice d'une inégalité de traitement caractérisée au détriment de ressortissants français se mariant à l'étranger (334).

(330) A. Devers, *Actualité du droit communautaire et international de la famille : Dr. famille* févr. 2007, n° 2, étude 7, n° 23.
(331) Cass. 1re civ., 7 déc. 2016, n° 15-22.996, *M. B c/ Régie immobilière de la Ville de Paris*, art. préc. de B. Sexe, *supra*, note 21. – I. Ka, *Validité et opposabilité aux tiers du mariage d'un Français à l'étranger : Dr. famille* juin 2017, n° 6, comm. 145.
(332) E. Fongaro, *Effet rétroactif de la transcription d'un mariage homosexuel célébré à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013 : JCP* G 6 févr. 2017, n° 6, 136, p. 247.
(333) M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 9e éd. 2018, p. 93, n° 137.
(334) A. Boiché, *Les effets en France d'un mariage célébré à l'étranger : AJF* 2006, p. 444.

Aussi critiquée soit-elle (335), cette formalité existe à ce jour, et le notaire ne peut faire autrement que de rester très vigilant lorsque dans un dossier un tel mariage a été célébré, même si l'on peut, dans le sillage de certains auteurs, s'interroger sur le point de savoir si les conseillers de la première chambre civile ont véritablement mesuré les conséquences pratiques d'un tel effet rétroactif : « À supposer qu'un mariage ne soit pas transcrit, et ne soit donc pas opposable à un bailleur, ce dernier pourrait-il prendre le risque de relouer son bien [après le départ du conjoint survivant dont le mariage n'est pas transcrit en France] alors que la transcription n'est soumise à aucune condition de délai [et qu'elle sera effectuée postérieurement au départ du logement] ? » (336). À moins que l'objectif poursuivi par la Haute Cour, en rendant cet arrêt *contra legem*, ne soit ni plus ni moins qu'un appel au législateur à « revoir sa copie quant à la transcription des mariages célébrés à l'étranger sur les registres de l'état civil français » (337) ?

Opposabilité d'un mariage célébré à l'étranger : ce qu'il faut retenir

- En premier lieu, pour qu'il soit opposable aux tiers en France, tout mariage (entre deux personnes de même sexe ou non) doit avoir fait l'objet d'une transcription dans les registres d'état civil, si l'un au moins des membres du couple est de nationalité française.
- En deuxième lieu, il n'existe aucun délai pour procéder à cette transcription : elle peut être effectuée même postérieurement au décès de l'un des époux.
- En troisième lieu, cette transcription a un effet rétroactif, de sorte que l'opposabilité du mariage à l'égard des tiers remonte à la date de sa célébration.
- Enfin, un mariage entre personnes de même sexe régulièrement célébré à l'étranger même antérieurement à l'entrée en vigueur en France de la loi du 17 mai 2013 est pleinement reconnu en France.

2138 Les époux mariés à l'étranger ne sont pas les seuls à devoir respecter les formalités de transcription sur les registres d'état civil français : les partenaires ayant signé un partenariat soumis à enregistrement sont également assujettis à des règles spéciales de publicité de leur situation patrimoniale.

B/ Concernant le pacte civil de solidarité dont l'un des partenaires est de nationalité étrangère et né à l'étranger

2139 Depuis son instauration par la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999, jusqu'au dernier décret n° 2017-889 en date du 6 mai 2017, relatif au transfert aux officiers de l'état civil de l'enregistrement des déclarations, des modifications et des dissolutions des pactes civils de solidarité, le pacte civil de solidarité a fait l'objet de très nombreuses dispositions tant législatives que réglementaires.

Les propos qui suivent ne porteront que sur les règles d'enregistrement et de publicité du pacs, dans le cadre de l'obligation d'identification des parties et de leur état civil sous l'angle international, tous les autres points sur ce thème étant par ailleurs analysés dans les travaux de la troisième commission (338).

(335) E. Fongaro, *Effet rétroactif de la transcription d'un mariage homosexuel célébré à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013 : JCP* G 6 févr. 2017, n° 6, 136, p. 249-250. – S. Corneloup, *La loi n° 2006-1973 relative au contrôle de la validité des mariages : Rev. crit. DIP* 2007, p. 228 et s.
(336) E. Fongaro, *op. cit.*, p. 250.
(337) E. Fongaro, *op. cit.*
(338) V. *infra*, commission 3, Partie II, Titre 1, Sous-titre II « Partenariats enregistrés », n^{os} 3082 et s.

I/ Procédure d'enregistrement sur le territoire national français

2140 Les règles d'enregistrement et de publicité du pacte civil de solidarité sont essentielles pour en assurer sa validité. Il résulte de l'article 515-7-1 du Code civil que : « Les conditions de formation et les effets d'un partenariat enregistré ainsi que les causes et les effets de sa dissolution sont soumis aux dispositions matérielles de l'État de l'autorité qui a procédé à son enregistrement ».

Les règles d'opposabilité d'un pacte civil de solidarité, qu'il soit constitué ou modifié, sont également fondées sur sa publicité en marge des actes d'état civil des partenaires depuis le 23 juin 2006 (339).

Le notaire qui reçoit un pacs en la forme authentique doit procéder à son enregistrement sur un registre numérique dénommé *Pacsen* et développé par le Conseil supérieur du notariat depuis le 30 mars 2011. Cette condition est essentielle à la validité du pacs notarié (340).

Mais l'enregistrement du pacs sur le registre Pacsen n'est pas suffisant : le pacs doit en outre faire l'objet d'une mesure de publicité sur les registres d'état civil.

Depuis la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, l'article 515-3-1 modifié du Code civil édicte : « Il est fait mention, en marge de l'acte de naissance de chaque partenaire, de la déclaration de pacte civil de solidarité, avec indication de l'identité de l'autre partenaire. Pour les personnes de nationalité étrangère nées à l'étranger, cette information est portée sur un registre tenu au service central d'état civil du ministère des Affaires étrangères. L'existence de conventions modificatives est soumise à la même publicité. Le pacte civil de solidarité ne prend effet entre les parties qu'à compter de son enregistrement, qui lui confère date certaine. Il n'est opposable aux tiers qu'à compter du jour où les formalités de publicité sont accomplies. Il en va de même des conventions modificatives ».

L'obligation de publicité sur le registre tenu au service central d'état civil du ministère des Affaires étrangères est intégralement reprise dans l'article 6 du décret n° 2012-966 du 20 août 2012 relatif à l'enregistrement de la déclaration, de la modification et de la dissolution du pacte civil de solidarité reçu par un notaire.

Par ailleurs, le décret du 6 mai 2017 pris en application de la loi du 18 novembre 2016, entrée en vigueur le 1er novembre 2017, prévoit que les pacs, lorsqu'ils ne sont pas notariés, sont désormais déclarés devant l'officier d'état civil, en lieu et place des greffes des tribunaux d'instance (341).

Pour les partenaires de nationalité étrangère ou nés à l'étranger, la déclaration de pacs doit en outre être effectuée soit par le notaire (lorsque le pacs est notarié), soit par l'officier d'état civil, auprès du service central d'état civil du ministère de l'Europe et des Affaires étrangères.

Pratique notariale de l'enregistrement avec un partenaire né à l'étranger. Remise de pièces

Lorsque le pacte civil de solidarité est reçu par un notaire, celui-ci enregistre le pacs *via* Pacsen et communique au service d'état civil l'information de la conclusion d'un pacs en vue de la mention en marge de l'acte de naissance des partenaires. Il reçoit confirmation de la publicité de l'officier d'état civil, et remet aux partenaires un récépissé d'enregistrement et une copie de la

(339) Antérieurement à la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, les formalités de publicité se faisaient auprès du greffe du tribunal d'instance du lieu de naissance des partenaires : cf. C. civ., art. 515-3 dans sa rédaction issue de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006.

(340) M. Revillard, *Droit international privé et européen : Pratique notariale*, Defrénois, 9e éd. 2018, p. 187, n° 321.

(341) M. Revillard, *op. cit.*, p. 191, n° 328.

convention, avec le cas échéant une copie des actes de naissance portant mention en marge de l'indication de leur pacs.
Pour les Français nés à l'étranger, la transcription de leur acte de naissance est effectuée par le service central de l'état civil de Nantes à qui le notaire communique les informations utiles à la transcription.
Pour un étranger né à l'étranger, l'information communiquée par le notaire est désormais portée au registre spécial détenu par le service central d'état civil du ministère de l'Europe et des Affaires étrangères, le registre jusqu'alors tenu par le tribunal de grande instance de Paris n'étant plus en vigueur depuis le 1er novembre 2017 (342).

II/ L'enregistrement du pacs auprès d'une autorité consulaire française

2141 Dans un contexte international, le ministère de l'Europe et des Affaires étrangères précise dans une circulaire du 19 janvier 2008 les compétences de l'ambassadeur et du chef de poste consulaire en matière de pacs, ainsi que la tenue des registres des pactes civils de solidarité ouverts dans chaque poste diplomatique et consulaire.

Cette circulaire précise les éléments nécessaires à l'accomplissement des formalités d'enregistrement et de publicité dont les modalités sont définies à l'article 515-3, alinéa 5, du Code civil : « À l'étranger, l'enregistrement de la déclaration conjointe d'un pacte liant deux partenaires dont l'un au moins est de nationalité française et les formalités prévues aux troisième et cinquième alinéas sont assurés par les agents diplomatiques et consulaires français ainsi que celles requises en cas de modification du pacte ».

La circulaire donne par exemple des précisions très utiles concernant la notion de résidence commune : même si les intéressés n'ont pas besoin de résider déjà ensemble au moment de la déclaration, ils doivent en revanche déclarer à l'autorité consulaire l'adresse qui sera la leur dès l'enregistrement du pacte.

De plus, la notion de résidence commune doit s'entendre comme étant la résidence principale des intéressés, quel que soit leur mode d'habitation (propriété, location, hébergement par un tiers). La résidence désignée par les partenaires ne peut par conséquent correspondre qu'à une résidence principale et en aucune façon à une résidence secondaire (343).

En outre, les règles de tenue du registre des pactes civils de solidarité ainsi que les modalités de numérotation détaillées dans la circulaire n° 2007-03 du 5 février 2007 sont applicables au registre consulaire des pactes civils de solidarité (344).

Enfin, tout comme la loi relative aux « mariages pour tous », dont certains peuvent s'avérer « boiteux » du fait de la nationalité de l'un des conjoints au moins, il peut exister des partenariats « boiteux ».

À cet égard, la circulaire de 2008 rappelle aux ambassadeurs et chefs de poste consulaire la nécessité de mettre en garde les partenaires ressortissants de nationalité dont les pays peuvent considérer, selon leurs lois, règlements ou encore leurs usages sociaux liés notamment à la vie commune, le partenariat non seulement comme non reconnu, mais encore comme pouvant faire courir un risque avéré pour les partenaires.

Cette mise en garde systématique prend la forme d'une notice rappelant la réglementation en vigueur dans l'État de la résidence, et dont les partenaires accusent réception (345).

(342) *Ibid.*
(343) Circ. 19 janv. 2008, n° 6.
(344) Circ. 5 févr. 2007, p. 3, n° 15.
(345) Circ. 19 janv. 2008, p. 3, n° 7.

Transcription de pacs international : que retenir ?

- Si l'un des partenaires est de nationalité étrangère, mais si la résidence est en France, le pacs est enregistré en France.
- Si l'un des partenaires est de nationalité française, mais si la résidence est à l'étranger, le pacs est enregistré par l'autorité consulaire ayant compétence territoriale pour enregistrer la convention. Le notaire requis de rédiger et recevoir un pacte civil de solidarité entre deux futurs partenaires ayant leur résidence commune à l'étranger peut non seulement instrumenter l'acte eu égard à sa compétence internationale (V. *supra*, n° 205I), mais aussi procéder à son enregistrement et sa publicité (346).

III/ Les règles européennes d'enregistrement et de publicité des partenariats depuis l'entrée en application du règlement « Partenariats enregistrés »

2142 En préliminaire, il est rappelé que ne seront ici abordées que les règles de publicité et d'opposabilité aux tiers du partenariat, les travaux de la troisième commission étudiant cette matière (347).

Si, depuis le 29 janvier 2019, l'article 21 du règlement n° 2016/1104 du 24 juin 2016 prévoit que la loi applicable aux effets patrimoniaux d'un partenariat enregistré s'applique à l'ensemble des biens qui sont soumis à ces effets quel que soit le lieu où les biens se trouvent, l'article 25-2 énonce que si la loi de l'État membre dans lequel les deux partenaires ont leur résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention prévoit des règles formelles supplémentaires pour les conventions de partenariats, ces règles s'appliquent.

De plus, l'article 28, qui traite de l'opposabilité, prévoit que le tiers est réputé avoir connaissance de la loi applicable aux effets patrimoniaux d'un partenariat enregistré si l'un des partenaires s'est conformé aux obligations en matière de publicité ou d'enregistrement des effets patrimoniaux enregistrés prévues par la loi, notamment de l'État où le partenaire contractant et le tiers ont leur résidence habituelle (348).

Il en résulte que les dispositions de l'article 515-7-1 du Code civil ci-dessus évoquées (V. *supra*, n° 2140) s'appliquent pour les conventions de partenariats soumises au règlement européen (349).

Le mariage ou le partenariat enregistré qui viennent d'être étudiés figurent parmi les événements marquant le statut personnel. Il en existe d'autres comme la filiation, l'adoption, la reconnaissance ou encore la séparation de biens judiciaire ou la reprise de vie commune, autant d'éléments pouvant faire l'objet de mentions en marge des registres publics d'état civil français (350).

(346) Dans son ouvrage, M^me^ Mariel Revillard cite un auteur (C. Le Martret) qui considère que le notaire est en effet compétent pour procéder aux formalités d'enregistrement et de publicité, à la suite de la réception d'un pacs dont les partenaires ont leur résidence commune à l'étranger, analyse paraissant également partagée par les services du ministère de la Justice et du ministère de l'Europe et des Affaires étrangères : M. Revillard, *op. cit.*, p. 190, n° 327.

(347) Commission 3, Partie II, Titre 1, Sous-titre II, « Partenariats enregistrés », Chapitre II, n^os^ 3102 et s.

(348) Règl. n° 2016/1104, art. 28 b)- i).

(349) E. Fongaro et E. Frémont, *L'entrée en application des règlements européens sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés : JCP* N 1^er^ déc. 2017, n° 48, 1320, n° 24.

(350) J. Massip, *Les mentions en marge des actes de l'état civil faites à la requête des notaires : JCP* N 7 sept. 2012, n° 36, 1318.

Seuls les événements à dimension patrimoniale seront abordés, dans le droit fil de ce qui vient d'être dit, avant de conclure avec l'ultime événement impactant l'état des personnes : les règles de publicité d'un décès survenu à l'étranger.

C/ Concernant les autres événements marquants de l'état des personnes

2143 Les événements marquant le statut personnel qui seront abordés ici relèvent, d'une part, des modifications ultérieures en matière de régimes matrimoniaux et d'effets patrimoniaux et, d'autre part, de la transcription sur les registres d'état civil français de la survenance du décès à l'étranger d'un ressortissant français.

I/ La publicité en France du changement de régime matrimonial ou d'un partenariat enregistré d'un couple international

a) Le changement du régime matrimonial d'un couple international

i - Les règles résultant du Code civil et du Code de procédure civile

2144 Que le changement de régime soit intervenu en France ou à l'étranger, pour que les époux puissent voir opposable aux tiers leur situation matrimoniale nouvelle en France, des formalités de publicité sont rendues obligatoires par les articles 1397-3 et 1397-5 du Code civil.

Ces articles énoncent que lorsque la désignation de loi applicable (et comme suite, la désignation de la nature du régime matrimonial en découlant) est faite au cours du mariage, les formalités de publicité prévues au Code de procédure civile doivent être respectées, et lorsqu'un contrat de mariage a été adopté, mention de ce changement doit être portée sur la minute de celui-ci (351), le notaire détenteur de la minute ne pouvant plus délivrer aucune copie du contrat de mariage initial sans reproduire cette mention (352).

La règle prévue par l'article 1303-3 du Code de procédure civile est la suivante : lorsque l'acte de mariage est conservé par une autorité française, le changement de régime matrimonial obtenu en application de la loi étrangère régissant les effets de l'union est mentionné en marge de cet acte. En l'absence d'acte de mariage conservé par une autorité française, ce changement de régime matrimonial, s'il a donné lieu à une décision d'un tribunal français ou à un acte établi en France en la forme authentique ou si l'un des époux est Français, est inscrit aux fins de conservation au répertoire civil annexe mentionné à l'article 4-1 du décret n° 65-422 du 1er juin 1965 portant création d'un service central d'état civil au ministère des Affaires étrangères.

Si le contrat de mariage a été dressé à l'étranger, aucune disposition légale ne prévoit de mesure de publicité (353) : ainsi, lorsque l'acte de changement intervient à l'étranger et concerne un couple dont aucun n'est ressortissant français, marié à l'étranger, la formalité au répertoire civil annexe ne peut être accomplie (354).

Dans ce dernier cas, en l'absence d'accomplissement de formalité, le changement demeure opposable au tiers si dans l'acte les époux ont déclaré avoir modifié leur régime matrimonial.

(351) M. Revillard, *op. cit.*, p. 260, nos 439 et 440.
(352) CPC, art. 1303-5.
(353) M. Revillard évoque, dans son ouvrage *Droit international privé et européen : pratique notariale* (Defrénois, 9e éd. 2018, p. 262, note de bas de page n° 91) une réponse ministérielle du 3 avril 1966, selon laquelle une notification au notaire étranger serait suffisante même si cette dernière n'était pas suivie d'effet.
(354) M. Revillard, *op. cit.*, n° 441.

Le répertoire civil annexe

Le service central de l'état civil de Nantes du ministère de l'Europe et des Affaires étrangères tient le répertoire civil annexe des personnes nées à l'étranger. Y sont annotées toutes les informations relatives aux mentions en marge d'un acte d'état civil qui ne peuvent être effectuées du fait de l'absence d'acte d'état civil en France de ces personnes nées à l'étranger.

Le service délivre, à la demande de toute personne y ayant intérêt, un certificat attestant l'inscription (ou l'absence d'inscription) d'actes, de certificats, de décisions ou d'extraits.

Lorsque le notaire est chargé d'un dossier de quelque nature que ce soit, impliquant un couple international, la consultation du répertoire civil annexe devrait être systématique afin de vérifier si un changement de régime (ou de loi applicable) n'a pas eu lieu depuis la célébration de l'union.

ii - Les nouvelles règles complémentaires du règlement européen nº 2016/1103 du 24 juin 2016

2145 En cas de changement prévu à l'article 22, les époux doivent respecter en France les dispositions des articles 1397-3 et 1397-5 du Code civil, ainsi que celles de l'article 1303-5 du Code de procédure civile dont il vient d'être parlé ci-dessus (V. *supra*, nº 2144), conformément à l'article 23-2 (355).

Par ailleurs, les articles 22-2 et 22-3 confirment, d'une part, que le changement de loi (et par voie de conséquence de régime) n'aura lieu que pour l'avenir, sauf volonté contraire des parties et, d'autre part, qu'en tout état de cause, même si les parties convenaient de donner un effet rétroactif à leur convention modifiée, le changement ne pourrait emporter aucun effet rétroactif de la loi applicable s'il portait atteinte aux droits des tiers.

b) Le changement de partenariat à l'étranger

2146 Compte tenu de la similitude des dispositions entre les deux instruments, au point que certains auteurs ont évoqué le « paquet » pour les définir (356), les dispositions concernant la conclusion initiale et le changement de convention sont contenues dans des articles portant les mêmes numéros dans chaque règlement.

i - Sous l'empire du règlement (UE) nº 2016/1104 du 24 juin 2016

2147 En cas de changement prévu à l'article 22 du règlement, les partenaires doivent respecter en France les dispositions de l'article 515-7-1 du Code civil, comme en matière de conclusion d'un partenariat initial, conformément à l'article 23-2 (357).

Les articles 22-2 et 22-3 confirment, d'une part, que le changement de partenariat n'aura lieu que pour l'avenir, sauf volonté contraire des parties et, d'autre part, qu'en tout état de cause, même si les parties convenaient de donner un effet rétroactif à leur convention modifiée, le changement ne pourrait emporter aucun effet rétroactif de la loi applicable s'il portait atteinte aux droits des tiers.

(355) Règl. (UE) nº 2016/1103 (« Régimes matrimoniaux »), art. 23-2 : « Si la loi de l'État dans lequel les deux époux ont leur résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention prévoit des règles formelles supplémentaires pour les conventions matrimoniales, ces règles s'appliquent ».

(356) M. Revillard et C. Nourissat, *Règlements européens du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés : Defrénois* 15 sept. 2016, nº 17, DEF124g4, p. 878 et s.

(357) Règl. (UE) nº 2016/1104 (« Partenariats »), art. 23-3 : « Si la loi de l'État membre dans lequel les deux partenaires ont leur résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention prévoit des règles formelles supplémentaires pour les conventions partenariales, ces règles s'appliquent ».

Adopté par la voie de la coopération renforcée, le règlement européen sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés n'est applicable que sur le territoire de dix-huit États membres, à l'heure des présentes (358).

C'est dire que les articles 22-2 et 22-3 ci-dessus ne s'appliquent que sur le territoire des États ayant mis en place la coopération renforcée, et que pour tous les autres États membres de l'Union et les États tiers, seules les règles de droit commun sont applicables.

Le Parlement de la République française a adopté le 12 mai 2009 la loi ayant introduit cette nouvelle règle de conflit de loi de l'article 515-7-1 du Code civil (359), dans la perspective de permettre la production d'effets en France aux partenariats enregistrés à l'étranger (360), comme par exemple les partenariats mis en place par le Danemark, l'Islande ou le Royaume-Uni, non soumis au règlement européen, ou encore l'Afrique du Sud, l'Australie la Nouvelle-Zélande, ou certains États des États-Unis.

Si les règles d'enregistrement et d'opposabilité du partenariat sont prévues par le règlement européen pour les États membres participant à la coopération renforcée, quelles sont celles régissant les partenariats conclus en dehors de ces États coopérants, et *a fortiori* hors Union européenne ?

ii - Hors du périmètre de la coopération renforcée du règlement (UE) n° 2016/1104

2148 Selon l'instruction du 30 décembre 2009, les partenaires ayant conclu un partenariat civil à l'étranger doivent prouver que celui-ci est juridiquement assimilable à un pacs en établissant qu'ils ont conclu entre eux un contrat visant à organiser leur communauté de vie (361) et que celui-ci a fait l'objet d'un enregistrement devant une autorité compétente (362).

Cette preuve pourra être apportée par tout moyen, en ce compris par la production d'un certificat de coutume, le cas échéant (363).

En d'autres termes, en matière de changement d'un partenariat enregistré à l'étranger, il n'existe aucune disposition similaire à celles connues en matière de changement de régime matrimonial ou de loi applicable au régime matrimonial, prévues par les articles 1303-4 et suivants du Code procédure civile et 1397-5 du Code civil en matière de changement d'un régime matrimonial.

(358) Selon le considérant 11 du règlement européen n° 2016/1104 : « De décembre 2015 à février 2016, la Belgique, la Bulgarie, la République tchèque, l'Allemagne, la Grèce, l'Espagne, la France, la Croatie, l'Italie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, l'Autriche, le Portugal, la Slovénie, la Finlande et la Suède ont adressé des demandes à la Commission, dans lesquelles ces pays indiquaient qu'ils souhaitaient mettre en place entre eux une coopération renforcée dans le domaine des régimes patrimoniaux des couples internationaux, en particulier en ce qui concerne la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux ainsi que la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, et invitaient la Commission à présenter au Conseil une proposition à cet effet. Par lettre adressée à la Commission en mars 2016, Chypre a indiqué son souhait de participer à l'instauration d'une coopération renforcée ; Chypre a réitéré ce souhait au cours des travaux du Conseil ».

(359) Rappel de l'article 515-7-1 du Code civil étudié ci-dessus (V. *supra,* n^{os} 2140 et 2141) : « Les conditions de formation et les effets d'un partenariat enregistré ainsi que les causes et les effets de sa dissolution sont soumis aux dispositions matérielles de l'État de l'autorité qui a procédé à son enregistrement ».

(360) Travaux parlementaires : *JO* Sénat CR 25 mars 2009, cité par A. Devers, *L'efficacité des partenariats enregistrés à l'étranger : JCP* N 22 juin 2012, n° 25, 1266, n° 5.

(361) C. civ., art. 515-1.

(362) Instr. 30 déc. 2009 : *BOI* 7 G-2-10.

(363) M. Revillard, *op. cit.*, p. 200, n° 347.

2149

Focus sur la Convention de Munich du 5 septembre 2007

Les règles d'opposabilité en matière de partenariat enregistré seront prévues par la Convention de Munich du 5 septembre 2007 lorsque celle-ci entrera en vigueur. Pour l'heure, non signée ni ratifiée par la France, elle n'est à ce jour entrée en vigueur dans aucun État signataire (364).

La convention nº 32 de la Commission internationale de l'état civil prévoit à l'article 9 que l'État contractant dans lequel un partenariat est enregistré délivre à chacun des partenaires un certificat établi conformément à l'article 13 mentionnant l'enregistrement de ce partenariat.

L'article 10 de cette convention prévoit même une véritable coopération entre autorités centrales, puisque l'enregistrement, la modification ou la dissolution d'un partenariat dans un État contractant est communiqué à l'autre État contractant dont l'un des deux partenaires a la nationalité.

L'article 12 de cette convention prévoit l'inscription de l'enregistrement, la modification ou la dissolution d'un partenariat sur les registres officiels pertinents de l'autre État si la loi de celui-ci le prévoit, sans aucune autre procédure.

L'absence actuelle de registre dédié

Toute la difficulté réside précisément dans l'absence d'outil transnational permettant l'inscription des informations au niveau européen relatives à l'enregistrement des partenariats au sein de l'Union, dont la formalité d'enregistrement pourrait être obligatoire, et faciliterait de la sorte non seulement la circulation des personnes, mais encore toutes les informations relatives à leur statut personnel, dans le sillage du règlement « Documents publics » étudié *supra*, nº 2119.

La même observation pourrait être faite pour la conservation et la circulation des informations concernant l'enregistrement à l'étranger des désignations de loi applicable et des contrats de mariage pour les couples mariés internationaux.

c) Les cas particuliers de conversion à l'étranger de partenariats enregistrés en mariages (ou réciproquement)

2150 En Écosse, le *Mariage and Civil Partnership Act* de 2014 (365) prévoit la possibilité de convertir un partenariat en mariage soit de façon administrative, soit au moyen d'une cérémonie de mariage. Les effets de cette conversion peuvent en outre être rétroactifs, à compter de la conclusion du *civil partnership*.

Aux Pays-Bas, les articles concernant les conditions et les effets du mariage s'appliquent également aux partenariats enregistrés qui, depuis le 1er avril 2001, peuvent être convertis en mariage (et réciproquement) (366).

Dans une réponse ministérielle, le gouvernement a pris soin de rappeler que le mariage d'un Français à l'étranger peut être reconnu en France, à condition, d'une part, que les époux

(364) Cette convention élaborée par la Commission internationale de l'état civil (portant le nº 32 des conventions CIEC) n'a été signée, parmi les seize États siégeant à la CIEC (Allemagne, Autriche, Belgique, Croatie, Espagne, France, Grèce, Hongrie, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Suisse, Royaume-Uni, Turquie), que par l'Espagne et le Portugal, et seulement ratifiée par l'Espagne le 4 août 2010 (www.eda.admin.ch/eda/fr/dfae/politique-exterieure/droit-international-public/traites-internationaux/depositaire/etat-civil/convention-sur-la-reconnaissance-des-partenariats-enregistres.html, consulté le 8 juill. 2018).

(365) *Mariage and Civil Partnership Act* de 2014, Chapitre IV (www.legislation.gov.uk/asp/2014/5/part/ 4/ enacted, consulté le 14 juill. 2018).

(366) www.ciec1.org/SITECIEC/PAGE_GP_Pays/OBcAACT6gQN1ZmFRU09PVW5TKQA, Vº *Pays-Bas*, consulté le 14 juill. 2018.

comparaissent personnellement lors de la célébration et, d'autre part, que les conditions de fond d'un mariage résultant de la loi nationale, un Français doit préalablement au mariage obtenir un certificat à mariage par l'autorité consulaire compétente, outre la transcription du mariage en marge des actes d'état civil pour être opposable.

En conséquence, en cas de conversion d'un *civil partnership* en mariage, le mariage ne sera reconnu en France que si l'époux français était présent pour y consentir. Si la procédure de conversion ne prévoit pas la comparution des époux, les autorités françaises ne sauraient reconnaître le mariage. Si la comparution a bien lieu, les dispositions des articles 171-1 et suivants du Code civil s'appliquent pour la conversion. Enfin, les effets du mariage seront opposables aux tiers en France à compter de la transcription (367).

À retenir : l'importance de la transcription sur les registres d'état civil

La formalité de transcription en marge des actes d'état civil revêt une importance capitale pour un couple international dont l'un au moins est de nationalité française, afin de pouvoir faire reconnaître en France tous les effets à l'égard des tiers de leur union, qu'elle soit matrimoniale ou patrimoniale, initiale ou adoptée ultérieurement.
Seule la comparution personnelle des époux lors d'une procédure de conversion de mariage en partenariat enregistré permet aux autorités françaises de procéder aux formalités de transcription, lorsqu'elles en sont requises par les intéressés.

II/ La transcription d'un décès survenu à l'étranger

2151 Selon le site de France Diplomatie (368), dans la majorité des pays étrangers, le décès d'un ressortissant français doit être déclaré à l'état civil local dans les mêmes conditions que le décès d'un national de ce pays. Un acte de décès local est alors établi. Les services consulaires français pourront alors transcrire l'acte de décès étranger dans le registre d'état civil français. Il pourra être remis une dizaine de copies d'acte de décès certifiées conformes à l'original. Par la suite, il sera possible d'obtenir ce document au service central d'état civil à Nantes ou auprès du poste diplomatique et consulaire. L'établissement de l'acte de décès français n'est pas obligatoire, mais fortement recommandé, car il permettra d'effectuer un certain nombre de démarches en France (succession, pension de retraite ou salaires, emprunt...).

À retenir

L'acte de décès survenu dans un État membre de l'Union ne nécessite plus ni légalisation, ni apostille, ni traduction.
Par contre, si le décès d'un ressortissant français survient en dehors de l'Union, il sera préférable d'ouvrir la succession et d'interroger le fichier central au vu d'un acte de décès français, ce qui évitera les formalités de légalisation, ou apostille et de traduction le cas échéant.

2152 Mais, à côté des actes d'état civil qui viennent de faire l'objet de ce qui précède, le notaire doit également utiliser les autres moyens existant pour identifier les parties, et ainsi obtenir toute information et justificatif nécessaires.

Il s'agit des différentes pièces justificatives de l'identité d'une personne, qui font l'objet des développements qui suivent.

(367) Rép. min. nº 95125 : *JOAN* Q 9 août 2016, p.7275.
(368) www.diplomatie.gouv.fr/fr/conseils-aux-voyageurs/infos-pratiques/assistance-aux-francais/deces-a-l-etranger/, consulté le 8 juill. 2018.

Sous-section II Les pièces justificatives de l'identité d'une personne

Les pièces justificatives de l'identité d'une personne ne peuvent relever que de deux catégories de pièces officielles : soit la pièce d'identité est une pièce d'identité nationale **(§ I)**, soit il s'agira d'une pièce d'identité internationale, sur un modèle standard, afin de pouvoir être acceptée dans les tous les États. Il sera alors question du passeport **(§ II)**. **2153**

§ I Les pièces d'identité nationales

A/ Fondement légal du contrôle, de la présentation et de la conservation d'une copie de la pièce d'identité du client par le notaire

Bien que le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 prévoit à l'article 5 (369) une obligation pour le notaire de connaître l'identité de ses clients, ainsi que la production de tous documents justificatifs à lui remettre, aucune précision n'est donnée quant à la nature des justificatifs d'identité (370). **2154**

Dans un premier temps, dès 1979, la Cour de cassation a précisé les modalités, en imposant au notaire le contrôle de l'identité des parties qu'il ne connaît pas, par la demande de production de pièces officielles comportant photographies et signatures, afin de conforter les mentions figurant dans les livrets de famille, actes d'état civil ou autres pièces qui peuvent lui être présentées (371).

Mais aujourd'hui, aux obligations d'identification sont venues s'ajouter les obligations de vigilance imposées aux notaires dans le cadre de la lutte contre le blanchiment. Avec ces nouvelles obligations de vigilance et de déclarations de soupçons (372), tout un arsenal de dispositions législatives et réglementaires constitue désormais la base légale confirmant le devoir de contrôle du notaire de l'identité de son client, que ce dernier soit un client habituel ou occasionnel de l'office. **2155**

Parmi toutes ces dispositions étudiées par la quatrième commission (V. *infra*, nos 4283 et s.), seules celles justifiant la nécessité de se voir présenter la pièce officielle retiendront ici l'attention : il s'agit des dispositions de l'article L. 561-5 du Code monétaire et financier qui prévoit qu'avant d'entrer en relation d'affaires avec le client ou de l'assister dans la préparation ou la réalisation d'une transaction, le notaire doit non seulement identifier son client, et le cas échéant le bénéficiaire effectif de la transaction, mais encore contrôler les éléments d'identification, sur présentation de tout document écrit ayant un caractère probant.

Tout comme le décret de 1971, le terme générique utilisé par le Code monétaire et financier ne permettait pas de connaître avec précision les documents d'identification.

C'est le décret du 18 avril 2018, et plus particulièrement son article 13 qui, en prévoyant l'instauration d'un article R. 561-5-1 dans le Code monétaire et financier, précise enfin les documents exacts à demander, pour en faire une copie destinée à être conservée.

(369) Ce décret a été évoqué *supra*, n° 2115, avec celui du 5 janvier 1955.
(370) T. Sanséau et J.-F. Sagaut : *JCl. Notarial Formulaire*, V° *Responsabilité notariale*, fasc. 20, nos 28 et s.
(371) Cass. 1re civ., 6 févr. 1979 : *JCP* N 1979, II, 229, obs. Thuillier, cité par T. Sanséau et J.-F. Sagaut, Fasc. préc.
(372) V. *infra*, commission 4.

Le nouvel article R. 561-5-1 dudit code prévoit que : « Pour l'application du 2° du I de l'article L. 561-5, les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 vérifient l'identité du client selon les modalités suivantes :

1. en recourant à un moyen d'identification électronique délivré dans le cadre d'un schéma français d'identification électronique notifié à la Commission européenne en application du paragraphe 1 de l'article 9 du Règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur, ou d'un schéma notifié par un autre État membre de l'Union européenne dans les mêmes conditions et dont le niveau de garantie correspond au niveau de garantie élevé fixé par l'article 8 de ce même règlement ;
2. en recourant à un moyen d'identification électronique présumé fiable au sens de l'article L. 102 du Code des postes et de communications électroniques ;
3. lorsque le client est une personne physique, par la présentation de l'original d'un document officiel en cours de validité comportant sa **photographie** et soir par la prise d'une copie de ce document, soit par la collecte des mentions suivantes : les **nom**, **prénoms**, **date et lieu de naissance** de la personne, ainsi que la nature, les date et lieu de délivrance du document et les nom et qualité de l'autorité ou de la personne qui a délivré le document et, le cas échéant, l'a authentifié ;
   (...)
   Les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 vérifient également l'identité des personnes agissant pour le compte du client selon les modalités prévues au présent article ».

Pour un client de nationalité française, il n'existe aucune difficulté particulière : le notaire instrumentaire demande à son client que lui soit présentée sa carte nationale d'identité, telle que le décret n° 55-1397 du 22 octobre 1955 l'a instituée.

Pour un client de nationalité étrangère, le notaire instrumentaire demande également que lui soit présentée une pièce officielle d'identité, peu importe qu'elle ait été délivrée à l'étranger, dans la mesure où toutes les indications prévues à l'article R. 561-5-1 du Code monétaire et financier peuvent y figurer.

Au regard de ces éléments visés dans l'article R. 561-5-1 dudit code, des difficultés techniques apparaissent dans le cadre de la lutte contre le blanchiment : en effet, comment demander des documents officiels justifiant de l'identité d'un client comme il a été indiqué *supra*, tout en méconnaissant la règle de traduction systématique évoquée, imposée par le paragraphe 586-1 de l'instruction générale de l'état civil (V. *supra*, n° 2117) ? Une adaptation du paragraphe 586-1 avec ces nouvelles règles de lutte contre le blanchiment serait opportune. Cette adaptation permettrait au notaire de conserver sans difficulté la copie du document original étranger détenu par le client, sans contrainte de traduction obligatoire, le document étranger détenu par le client étant par nature non traduit et sa traduction sans utilité.

2156 La carte de nationalité française répond aux conditions de délivrance et de renouvellement (373) instaurées par le décret de 1955, dont la dernière modification remonte au 2 novembre 2017. Les empreintes digitales du demandeur sont recueillies et numérisées.

Si le client ne détient pas de carte nationale d'identité ni de passeport (qui sera évoqué un peu plus loin), il peut être suggéré au notaire de veiller avec plus de prudence et de précaution, tout en acceptant de se « contenter de consulter d'autres pièces (permis de

(373) Il est à noter qu'à l'étranger, la carte d'identité nationale française est délivrée ou renouvelée par le chef de poste diplomatique ou consulaire : D. n° 55-1397, 22 oct. 1955, instituant la carte nationale d'identité, art. 2.

conduire, carte de transport », contenant les indications prévues par l'article R. 561-1 (une photographie, le nom, les prénoms, les date et lieu de naissance), l'essentiel étant qu'en tout état de cause, il faut que même s'il multiplie « les pièces consultées, de sorte qu'elles puissent se corroborer les unes les autres » (374), « le notaire [conserve] les diligences effectuées » (375).

À retenir

Le caractère officiel des pièces d'identité délivrées par une autorité publique étrangère doit être accepté, et une copie (numérique ou papier) doit être conservée par le notaire dans le cadre de ses obligations de contrôle, d'identification et de vigilance à l'égard du client, occasionnel comme habituel.

Malgré le caractère biométrique de la carte d'identité nationale française actuelle, elle n'existe pas à ce jour, dans une version électronique ou numérique, à la différence de certains pays dont les ressortissants, potentiels clients de nos études, peuvent être munis d'une telle version.

B/ Quelques exemples de pièces d'identité étrangères

I/ La pièce d'identité électronique belge

2157 La carte d'identité électronique – dénommée eID – est la carte d'identité électronique des Belges. Elle est la preuve de l'inscription des ressortissants belges au Registre national des personnes physiques.

L'eID permet aussi de s'identifier pour prouver son identité, sa nationalité, son âge ; elle permet encore de signer électroniquement en tant que personne majeure, étant précisé qu'en Belgique une signature électronique a la même valeur juridique qu'une signature manuscrite.

Le notariat belge a élaboré, sur son site « Notaire.be », un onglet dénommé « My Box ». Cette application donne à l'internaute, citoyen de nationalité belge et titulaire d'une eID, un aperçu des contrats de cohabitation ou de mariage qu'il a pu contracter, ainsi que les coordonnées de l'étude notariale dans laquelle ses contrats sont conservés.

Cette application est liée au Registre central des contrats de cohabitation et de mariage, une base de données gérée par Fednot (Fédération royale du notariat belge). Le contrat proprement dit ne se trouve pas en ligne, mais demeure conservé au sein de l'étude notariale (376).

Le client « connecté », en rentrant sa eID dans le lecteur de carte (377), insère un code PIN et accède directement aux informations le concernant dans le Registre central des contrats de cohabitation et de mariage (CRH).

(374) P. Tarrade, *op. cit.*, p. 1258.
(375) *Ibid.*
(376) Toutes les informations utiles sont sur le site : www.notaire.be/nouveautes/detail/les-notaires-elargissent-les-possibilites-de-notaire-be-grace-a-mybox, consulté le 15 juill. 2018.
(377) Ce petit boîtier périphérique, qui se connecte avec une prise USB à l'ordinateur, est vendu environ 15 € sur de nombreux sites de vente en ligne, dont celui-ci : www.directrepair.fr/lecteur-carte-d-indentite-905b-blister-vasco-lens-avec-pied-belgium-e-id-avec-pied-5414602131782-vasco.html?gclid=CjwKCAjw4avaBRBPEiwA_ZetYp1IlaGKf-qj9zgijEZ4Akuyo6V0N7mVpui-kdJddWuOkSskE5ymUhoC0K0QAvD_BwE, consulté le 15 juill. 2018.

II/ La pièce d'identité numérique néerlandaise

2158 La loi du 26 septembre 1991 relative à la délivrance des documents de voyage dispose que la carte d'identité est un document de voyage.

Par ailleurs, les registres communaux néerlandais contiennent toutes les informations nécessaires à l'établissement des cartes d'identité. La loi de 1994 régissant ces fichiers autorise les communes à fournir aux autres administrations les données nécessaires à l'accomplissement de leur mission. De ce fait, l'agence chargée de la fabrication des cartes d'identité utilise les informations des registres communaux (378).

Le ressortissant néerlandais, quant à lui, est titulaire d'une carte d'identité électronique qui lui permet de communiquer avec les administrations étatiques et semi-gouvernementales. La solution adoptée est intitulée « DigiD ».

Le notariat néerlandais a développé des solutions électroniques particulièrement performantes : par le biais d'une application dénommée « NotarisNet », le confrère néerlandais accède à un système de vérification d'identité des clients (dénommé « VIS »: *Vérificatie Informatie Systeem*) qui permet, sur les numéros uniques des cartes d'identité, de vérifier leur validité. Si une carte a été volée ou déclarée perdue ou invalide pour les Pays-Bas, l'application l'indique instantanément au notaire qui consulte.

En fonction du résultat de l'interrogation, le document d'identité présenté par le client est soit conforme (*No Hit*), soit pose un problème (*Hit*).

Le résultat « Hit »indique un degré élevé de certitude que le document pose problème. Dans ces conditions, le notaire néerlandais doit refuser le document comme pièce d'identité valide, et exiger du client qu'il s'identifie autrement (379).

Ce système permet une identification fiable des parties à une transaction en ligne, contribuant ainsi à la confiance des consommateurs.

Après avoir abordé les caractéristiques de la carte électronique belge ainsi que de la carte électronique néerlandaise, une troisième étude de cas a paru des plus intéressantes : l'exemple de l'Estonie, « la modernité technologique étatisée » (380).

III/ La e-carte d'identité numérique évolutive estonienne

2159 Ce pays balte est connu pour les efforts considérables qu'il a déployés dès les années 2000 pour tendre vers un e-gouvernement. Dès 2001, une loi a été adoptée pour munir tous les citoyens de nationalité estonienne d'une carte d'identité avec un microprocesseur.

Depuis une loi de 2002, la e-carte d'identité, basée sur la technologie Java Card, est détenue par tous les Estoniens à partir de l'âge de quinze ans. Cette e-carte d'identité est un élément-clé pour des services en lignes avancés.

La e-carte d'identité estonienne se branche sur un ordinateur et centralise un très grand nombre d'informations, tout en permettant la réalisation de signatures électroniques et l'accès aux registres administratifs.

(378) Les documents de travail du Sénat, Division des études de législation comparée du service des études juridiques, *La Carte nationale d'identité*, nº LC 118, 2003 (www.senat.fr/lc/lc118/lc118.pdf, consulté le 15 juill. 2018).

(379) Manuel d'application de NotarisNet, *Registres et applications dédiées au notariat néerlandais* (https://notarisnet.notaris.nl/registers-en-applicaties).

(380) L. Leguil, *Intelligence artificielle et nouvelles technologies : que font nos voisins européens ? : JCP* N 15 juin 2018, 24, 1218, p. 39 et s.

Il suffit de rentrer et de valider deux séries de codes secrets, après avoir connecté la e-carte d'identité (381).

Les fonctionnalités de cette carte répondent à toutes les exigences des cahiers des charges standards de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), pour les documents de voyage (382). Cette e-carte d'identité permet entre autres à tous les citoyens estoniens de se déplacer dans l'espace de liberté, de justice et de sécurité de l'Union et de l'Association européenne de libre-échange sans aucun autre document pour justifier de leur identité.

Les services numériques développés par la Chambre des notaires de l'État libre estonien sont intégrés dans un programme dénommé « E-Notaries Programme », au moyen duquel tous les actes notariés sont élaborés et interconnectés à tous les registres de l'État. De plus, par le biais de ce programme, les notaires ont également accès à tous les registres étatiques qui leur sont utiles en vue d'obtenir tous types d'informations administratives. Ce programme leur permet également d'alimenter les registres avec lesquels les notaires sont en lien.

Quelques exemples de services en ligne avec la e-carte d'identité estonienne :
- la e-carte d'identité permet à son titulaire de bénéficier des nombreux services notariaux développés par la Chambre des notaires de l'État libre estonien et de procéder notamment à la signature numérique ;
- l'application eKool est un système de gestion scolaire couvrant 90 % des écoles et plus de 95 % des élèves estoniens y sont connectés ;
- le permis de conduire national estonien est intégré dans la e-carte d'identité, permettant aux véhicules de police équipés d'un lecteur de carte et d'une station de travail mobile d'avoir accès à toutes les informations sur le permis de conduire, son titulaire, ainsi que son statut ;
- l'application DigiDoc, en matière de santé, fait de la e-carte d'identité estonienne un outil performant, qui permet aux personnels autorisés d'accéder au fichiers de l'assurance santé et aux dossiers médicaux. Elle est également utilisée pour les ordonnances numériques et la délivrance des médicaments, jusqu'au remboursement de l'assurance maladie ;
- l'application PKI permet à la e-carte d'identité d'accéder à des services bancaires, ou encore à des programmes de fidélité des super-hypermarchés ou des stations-service (383).

Mais certains pays, et « non des moindres », ne connaissent pas de « carte d'identité » (384).

Ces ressortissants voyageurs qui ne détiennent pas de pièce d'identité nationale, pour être arrivés jusqu'à l'Étude pour requérir un acte à rédiger, sont au moins titulaires d'une pièce d'identité internationale : le passeport.

(381) L. Leguil, *op. cit.*, p. 40, nº 7.

(382) Le consortium Trub-Gemalto, *leader* mondial de la sécurité numérique, fournit au gouvernement estonien les e-cartes d'identité, dont les caractéristiques techniques et spécifications sont détaillées sur le site : www.gemalto.com/brochures-site/download-site/Documents/gov-cs-estonia-fr.pdf, consulté le 15 juill. 2018.

(383) Ces exemples sont tirés de l'étude de cas « L'Estonie », publiée par le consortium Trub-Gemalto qui fabrique et fournit les équipements (www.gemalto.com/brochures-site/download-site/Documents/gov-cs-estonia-fr.pdf, consulté le 16 juill. 2018).

(384) P. Tarrade, *La comparution d'une personne étrangère dans un acte notarié : Defrénois* 12/2009, art. 38962, p. 1258.

§ II La pièce internationale justificative de l'identité : le passeport

2160 Le passeport reste une réalité au-delà du périmètre spatial de Schengen qui permet aux personnes de se déplacer. Plus qu'un outil d'identification, il est aussi un outil de contrôle des déplacements des individus.

S'il est vrai qu'en vertu des accords de Schengen, qui organisent la libre circulation des personnes entre les États signataires, les citoyens européens se meuvent dans cet espace sans avoir à produire ni passeport ni visa, mais simplement une carte d'identité nationale (lorsqu'ils en détiennent une), il n'en est pas de même pour tous les autres ressortissants des autres États non signataires.

Avant de constater l'utilité du passeport comme justificatif de l'identité **(B)**, une brève histoire du passeport en France **(A)** permettra d'en comprendre son origine et son utilité actuelle.

A/ Bref rappel historique du passeport en France

2161 Il fut un temps où en France, cohabitaient deux types de passeports : le passeport « intérieur » et le passeport « extérieur » (385).

Existant sous l'Ancien Régime, ces deux catégories de passeports furent supprimées par la Révolution. La loi du 28 mars 1792 rétablit le passeport obligatoire pour tout Français souhaitant sortir du territoire et pour tout étranger désireux d'y séjourner.

La raison principale était, d'une part, la crainte de voir la noblesse française fuir massivement pour rejoindre les armées contre-révolutionnaires et, d'autre part, d'empêcher les étrangers appartenant aux nations voisines de pénétrer librement sur le territoire afin de participer à la réalisation d'actions de diverses natures (386).

B/ Le passeport, document suffisant pour le contrôle d'identité d'une partie à l'acte authentique

2162 Aujourd'hui, les passeports standardisés doivent être lisibles par une machine dont les spécifications sont établies par l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI).

Cet organisme des Nations unies a notamment pour mission l'élaboration de techniques de conception et de traitement des passeports, afin de protéger leur intégrité et de rester à la pointe de la technologie internationale en matière de sécurité.

Du point de vue européen, le passeport international est intégré dans un système de gestion des déplacements des personnes au sein des États, dont l'objectif est de contrôler les déplacements des personnes, entre leur sortie de leur territoire d'origine, leur entrée dans un pays étranger et leur retour dans le pays d'origine.

(385) Le passeport « intérieur » : À l'époque, tout Français âgé de plus de quinze ans désireux de se déplacer au-delà de son département devait demander un passeport « à l'intérieur ». Plusieurs types de passeports intérieurs existaient alors : un passeport « à l'intérieur » timbré 2 francs, ou bien un « passeport pour indigent » qui permettait à son titulaire de bénéficier de secours de route, que les pouvoirs publics accordaient au voyageur sans ressources pendant son déplacement.
Le passeport « extérieur » : le voyageur français souhaitant se déplacer à l'étranger devait demander un passeport « à l'étranger » et s'acquitter d'un droit de timbre de 10 francs.

(386) G. Noiriel, *Surveiller les déplacements ou identifier les personnes ? Contribution à l'histoire du passeport en France de la Ire à la IIIe République*, Genèses, 30, 1998, *Émigrés, vagabonds, passeports*, p. 77-1000 (https://doi.org/10.3406/genes.1998.1497, consulté le 16 juill. 2018).

Il demeure le justificatif par excellence de l'identité du client comparaissant pour la réception de l'acte (387). Il remplit en effet les conditions posées par l'article R. 561-5-1 du Code monétaire et financier.

CHAPITRE II Les personnes physiques : comparution

2163 La comparution à l'acte d'une personne physique étrangère conduit le notaire à devoir rester vigilant sur plusieurs points, selon les cas d'espèce : la personne physique est-elle majeure, capable ? Est-elle mineure ? Son représentant légal ou autre est-il régulièrement habilité pour la passation de l'acte au nom du représenté ? La partie comparante est-elle présente ou non présente ? Dans ce dernier cas, à quelles règles doit répondre le mandat en vertu duquel la partie est représentée ?

Autant de questions auxquelles il sera tenté de donner des réponses concrètes, en commençant par les personnes physiques.

Section I Les personnes majeures

2164 L'état des personnes et la capacité sont une branche du droit international privé où, contrairement à d'autres, il n'existe aucune hiérarchie de normes internationales. À l'exception de la Convention internationale de La Haye du 13 janvier 2000, dont la portée limitée aux seuls États contractants (388) ne régit que les situations à caractère international dans lesquelles est nécessaire la protection des adultes (qui, en raison d'une altération ou d'une insuffisance de leurs facultés personnelles, ne sont pas en état de pourvoir à leurs intérêts), il n'existe aucun texte international quant à la détermination de la loi applicable. Ce sont les règles de conflit internes qui seules régissent l'état et la capacité des personnes et déterminent la loi applicable à la matière (389).

Sous-section I Les règles internationales de capacité et de protection des adultes

2165 Le statut personnel est une catégorie de rattachement du droit international privé français où la méthode savinienne a trouvé matière à s'appliquer. Pour Savigny, le droit est en effet le produit de l'histoire et d'un environnement économique (390). Il faut donc trouver la loi la mieux adaptée au problème, celle-ci étant souvent le pays avec lequel la relation juridique présente les liens les plus étroits.

En droit international privé français et en matière de capacité et de majorité, la règle de conflit est basée sur le rattachement à la nationalité, ainsi qu'il sera développé dans ce qui suit.

(387) Sous réserve cependant de ce qui a pu être dit ci-dessus, concernant les changements de noms et autres (V. *supra*, n^{os} 2127, 2128, 2129).

(388) Seul le chapitre 3 « Loi applicable » a une portée universelle, s'appliquant même si la loi qu'il désigne est celle d'un État non contractant (Conv. 13 janv. 2000, art. 18), toutes les autres dispositions de tous les autres chapitres sont de portée relative.

(389) C. Bidaud-Garon, *La nécessaire vérification du droit applicable à l'état et à la capacité de l'étranger : Dr. et patrimoine* 1er juin 2007, n^{o} 160.

(390) V. *supra*, commission 1, n^{o} 1013.

Cependant, les règles européennes de droit international privé contenues dans les différents instruments régissant le droit patrimonial de la famille se développent progressivement sur le principe de la primauté de la loi de l'État de la résidence habituelle (391).

D'autres systèmes juridiques peuvent établir leurs règles de conflit sur d'autres critères de rattachement que la nationalité, ainsi qu'il sera dit dans ce qui suit.

§ I La capacité d'une personne physique étrangère

2166 En droit international privé, comme en droit interne, la matière de la capacité peut se diviser en deux catégories : la capacité de jouissance et la capacité d'exercice. La pleine capacité est la situation normale d'une personne physique (392).

Seule la capacité d'exercice relève du statut personnel. Lorsque la capacité de jouissance est générale, son opposé, l'incapacité de jouissance, est spécial et ne relève pas de la règle de conflit du statut personnel, mais de la loi de l'institution visée (393).

En effet, depuis l'abolition de la mort civile, une incapacité générale de jouissance serait contraire à l'ordre public (394).

Les incapacités spéciales de jouissance

Les incapacités de jouissance ne relèvent pas du statut personnel, mais de la loi propre à l'institution :

- l'incapacité du médecin de recevoir un legs du patient qu'il a soigné durant sa dernière maladie dépend de la loi successorale ;
- l'incapacité du tuteur de contracter avec le mineur est soumise à la loi qui régit la tutelle ;
- l'incapacité des époux à conclure entre eux certains contrats est soumise à la loi des effets du mariage ;
- l'incapacité du mineur de moins de seize ans à disposer à titre gratuit relève de sa loi nationale, car son infirmité personnelle à tester renforce son incapacité générale d'exercice : elles doivent par conséquent être soumises à la même loi (395).

A/ Convergence entre capacité et majorité

2167 Généralement, la capacité légale est déterminée par la majorité de la personne physique. C'est le cas en droit international privé français.

Mais d'autres systèmes déterminent la capacité d'une personne en fonction d'autres critères que la majorité, comme par exemple le sexe, ou le statut confessionnel. Il en est ainsi des systèmes de droit musulman (dont les sources islamiques sont en réalité diversifiées) (396). Les discriminations que les droits musulmans peuvent opérer en matière successorale, qu'elles soient d'ordre religieux (interdisant à un non-musulman de pouvoir hériter d'un

(391) L'article 26-1 du règlement n° 2016/1103 du 24 juin 2016 « Régimes matrimoniaux » prévoit que la loi applicable au régime matrimonial des époux, à défaut de choix, est la première résidence habituelle commune après le mariage.
L'article 21-1 du règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012 « Successions » prévoit que la loi applicable à l'ensemble de la succession est celle de l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment du décès.

(392) P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé* , LGDJ, 11e éd. 2014, p. 375, n° 538.

(393) E. Fongaro et H. Péroz, *Droit international privé patrimonial de la famille*, LexisNexis, 2e éd. 2017, p. 49, n° 90.

(394) P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, p. 375, n° 538.

(395) P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, p. 375, n° 538 et p. 378, n° 544.

(396) D. Boulanger, *Démystifions le droit comparé ; JCP* N 20 juill. 2018, n° 29, édito. p. 5.

musulman) ou sexuel (une fille héritant moins qu'un garçon) (397) peuvent être considérées comme contraires à l'ordre public français. Il en est de même pour la répudiation, qui heurte l'ordre public international français. La jurisprudence, depuis 2004 (398), considère en effet que la procédure de répudiation ne donne pas à l'épouse la possibilité de s'opposer à la décision de répudiation, ce qui est contraire au principe européen d'égalité des époux dans la dissolution du mariage (399).

2168 La majorité en France est fixée à dix-huit ans depuis la loi n° 74-631 du 5 juillet 1974 qui a notamment réécrit l'article 414 du Code civil français (400).

Dans le reste du monde, même si dans la grande majorité des États l'âge de la majorité est fixé à dix-huit ans, il peut varier de quinze à vingt-et-un ans (401) en fonction des pays.

B/ Règles de conflit de loi

I/ La règle de conflit française

2169 La règle de conflit française résulte des dispositions de l'article 3, alinéa 3 du Code civil qui prévoit que : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ».

Capacité d'un étranger dans un acte authentique : à retenir

Le notaire qui instrumente un acte dans lequel comparaît une personne physique de nationalité étrangère doit rechercher si la loi nationale du client le reconnaît capable – donc majeur – pour contracter.

Cas pratique d'un contrat de mariage

Un jeune couple, monsieur de nationalité française, âgé de vingt ans, et madame, de nationalité singapourienne, âgée de dix-neuf ans, ne pourra faire établir en France son contrat de mariage qu'avec le consentement des parents de madame, l'âge de la majorité à Singapour étant de vingt-et-un ans.
Le cas serait identique avec un des futurs époux de nationalité japonaise âgé de moins de vingt ans (qui est l'âge de la majorité au Japon).

Cette règle de conflit de loi française résultant de l'article 3 du Code civil a été bilatéralisée par la jurisprudence dès le XIXe siècle (402).

(397) S. Godechot-Patris, *Les difficultés de réception des institutions familiales du Maghreb : JCP* N 20 juill. 2018, n° 29, p. 27, nos 17 et s.
(398) Cass. 1re civ., 17 févr. 2004, n° 01-11.509 : *Rev. crit. DIP* 2004, p. 423.
(399) A. Bencheneb, *La réduction d'obstacles à la réception en France des institutions familiales de droit musulman : JCP* N 20 juill. 2018, n° 29, p. 36, n° 23.
(400) C. civ., art. 414 : « La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance ».
(401) Quinze ans en Iran et vingt-et-un ans en Argentine. Pour un récapitulatif exhaustif : tableau figurant dans l'ouvrage de Mme M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale* , Defrénois, 9e éd. 2018, p. 472 à 477, n° 827.
(402) CA Paris, 13 juin 1814, *Busqueta : S.* 1814, 2, 393.

Un arrêt de principe, rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 18 janvier 2007 énonce, au visa de l'article 3 du Code civil, que : « Attendu que la loi applicable à l'état et la capacité des personnes est la loi nationale » (403). Un commentateur de cet arrêt a pu écrire qu'il s'agit d'« un attendu de principe ciselé comme à la belle époque du droit international privé » (404).

Du fait de cette règle de conflit, bilatérale, le principe du renvoi est admis en matière de capacité (405).

Il a ainsi été jugé que pour une personne de nationalité canadienne, domiciliée en France, l'application de la règle de conflit de loi française étant rattachée à la nationalité, c'est la loi canadienne qui doit connaître de l'état et de la capacité de sa ressortissante.

Mais, comme il sera dit plus loin (V. *supra*, n° 2173), la règle de conflit canadienne rattache au domicile la loi compétente. La Cour de cassation, par renvoi selon la règle de conflit canadienne à la loi française, a donc reconnu la loi française matérielle compétente (406).

II/ La règle de conflit en *common law*

2170 Dans les pays de *common law*, le critère de rattachement dans la catégorie du statut personnel n'est pas la loi nationale, mais la loi du domicile.

Une attention particulière est portée sur les règles de conflit britannique, américaine et canadienne.

a) La règle de conflit britannique

2171 Le critère de rattachement, la loi du domicile, appelle quelques observations importantes pour bien appréhender la règle de conflit britannique.

En droit anglais, la notion de domicile est pensée en y intégrant le lieu de naissance, ainsi qu'une dimension psychologique fondamentale : l'esprit de retour au Royaume-Uni, composante subjective constituant l'*animus manendi vel revertendi* typique de la *common law* (407).

Par exemple, même si une personne peut vivre physiquement dans un pays, pour le droit anglais elle reste toujours domiciliée au Royaume-Uni, dans la mesure où elle peut être animée d'une volonté un jour d'y retourner. Inversement, une personne peut être résidente au Royaume-Uni sans y être domiciliée, comme cela pourrait être le cas d'un certain nombre de ressortissants français expatriés pour raison personnelle et professionnelle.

En droit anglais, la notion de résidence est essentiellement attachée à la notion de résidence « fiscale », lieu des intérêts économiques et de vie, tandis que le domicile (les Anglais le prononcent « Domissaïyle ») est un concept né de la création de l'Empire britannique et connu de tous les pays de *common law* (408).

(403) Cass. 1re civ., 18 janv. 2007, n° 05-20.529, publié au bulletin.
(404) T. Fossier : *Dr. famille* 2007, comm. 70.
(405) E. Fongaro et H. Péroz, *Droit international privé patrimonial de la famille*, LexisNexis, 2e éd. 2017, p. 52, n° 95.
(406) Cass. 1re civ., 21 sept. 2005 : *Rev. crit. DIP* 2006, p. 100, note H. Muir Watt.
(407) Ce qui peut être traduit par « l'esprit de retour » comme expliqué par H. Batiffol dans son : *Traité élémentaire de droit international privé*, Paris, LGDJ, 2e éd. 1955, n° 385.
(408) M. Devisme, *Les lois applicables à la forme du testament : Defrénois* 30 oct. 2014, n° 20, note 8, p. 1102 : dans cette note de bas de page, M. Devisme fournit les explications permettant de comprendre l'origine de cette différence fondamentale dans l'acception culturelle existant entre les deux systèmes français et britanniques de cette notion.

Quant à l'Écosse, bien que traditionnellement le système ait été attaché à la catégorie de pays de *civil law*, il est aujourd'hui devenu mixte en raison de la forte influence de l'Angleterre, et de l'unification des droits anglais et écossais résultant de la *staturification* (dès lors que le Parlement et le Gouvernement sont devenus uniques) (409).

De ce fait, les lois adoptées par le Parlement de Westminster sont formulées selon les nomenclatures et catégories de la *common law*, et se trouvent par conséquent intégrées en Écosse (410).

C'est ainsi que le critère de rattachement en matière de statut personnel (état et capacité) réside dans la loi du domicile également en Écosse.

Focus sur la majorité au Royaume-Uni

Lorsqu'en Écosse l'âge de la majorité est à seize ans, dans le reste du Royaume-Uni (Angleterre, Pays de Galles et Irlande du Nord), la majorité est à dix-huit ans.

b) La règle de conflit américaine

2172 Les États-Unis, État fédéral plurilégislatif, sont composés de cinquante États, chacun doté de ses propres pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires et organisé par sa propre Constitution (411).

C'est ainsi qu'en matière d'état des personnes, et de majorité, il n'y a pas une règle de conflit, mais une par État (412).

Cependant, d'une manière générale, les règles de conflit américaines rattachent la loi applicable au statut personnel à la loi du domicile.

c) La règle de conflit canadienne

2173 Selon l'article 3083 du Code civil du Québec, le facteur de rattachement du statut personnel est régi par la loi du domicile (413).

Cette règle de rattachement s'applique pour l'ensemble des territoires du Canada. Pour l'application de ce critère de rattachement, le domicile est défini par l'existence d'un établissement principal accompagné de l'intention d'y demeurer de façon permanente. Même si cette notion est identique dans toutes les provinces, il convient toutefois de retenir que le domicile d'origine revit quand le domicile de choix n'est plus déterminé pour les provinces de *common law*, tandis qu'au Québec le domicile de choix persiste jusqu'à l'acquisition d'un nouveau domicile (414).

(409) A. Gambaro, R. Sacco et L. Vogel, *Traité de droit comparé, le droit de l'Occident et d'ailleurs*, LGDJ, 2011, p. 132 à 134, n° 64.
(410) *Ibid.*
(411) P. Herzog : *JCl. Droit comparé*, V° *États-Unis d'Amérique*, fasc. 1, p. 3, n° 1.
(412) Pour une illustration, V. M. Revillard, *op. cit.*, et spéc. tableau p. 474 et note de bas de page n° 105, précisant qu'aux États-Unis, dans quarante-six États la majorité est à dix-huit ans, dans deux à dix-neuf ans, et dans deux autres à vingt-et-un ans.
(413) http://jafbase.fr/DocAmeriques/Canada/CodeCivilQuebec.htm, mis à jour au 1er oct. 2008, consulté le 22 juill. 2018.
(414) G. Goldstein et E. Groffier : *JCl. Droit comparé*, V° *Canada*, fasc. 60, p. 3 et 4, nos 6 et 7.

L'essentiel à retenir

Lorsque comparaît une personne physique de nationalité étrangère à un acte authentique, le notaire doit :
- avoir vérifié les pièces d'état civil ;
- vérifier que la personne a bien atteint la majorité requise par sa loi nationale (ou la loi de son domicile) pour contracter ;
- demander une pièce d'identité dont une copie doit être conservée au dossier.

Ces vérifications et contrôles effectués, le notaire instrumentant peut alors considérer que la personne comparaissant à l'acte peut valablement le signer.

§ II La protection internationale d'une personne adulte vulnérable

A/ Les règles de droit commun

2174 La mobilité internationale des personnes peut entraîner des difficultés liées à l'administration de leur patrimoine lorsqu'elles deviennent vulnérables.

Comment résoudre une difficulté liée à la fragilité d'une personne âgée étrangère, installée en France, qui doit faire l'objet d'une mesure de protection ? Quelle autorité est compétente ? Quelle loi doit s'appliquer à cette situation ?

Peut-être plus qu'ailleurs, le notaire doit se montrer vigilant dans l'appréciation de la capacité des parties à son acte.

Le principe en la matière, rappelons-le, est défini à l'article 3, alinéa 3 du Code civil : la loi nationale de la personne régit sa capacité.

Dans ces conditions, il a été jugé qu'une personne de nationalité portugaise, demeurant en France et faisant l'objet d'une mesure de protection, doit faire l'objet d'une mesure d'interdiction du droit portugais, prononcée par le juge français (415). Les juridictions du fond ont été sanctionnées pour avoir prononcé à l'encontre de la personne portugaise des mesures de protection de droit français, en violation de la règle de conflit de l'article 3 du Code civil.

Il est vrai que la mise en œuvre de la loi nationale de l'intéressé est source de difficultés pour le juge français, car même si des outils sont à sa disposition comme le site JaFBase, ou le Réseau judiciaire européen, instauré par la Convention de Londres du 7 juin 1968 (416), les difficultés subsistent compte tenu de la grande diversité des mesures pouvant être prononcées dans les différents États, d'une part, et des très nombreuses exceptions demeurant disparates en fonction des nationalités des personnes, d'autre part.

Dans une affaire plus récente (417), où la responsabilité du notaire a tenté d'être recherchée, la Cour de cassation énonce le principe suivant : « Le notaire a l'obligation de vérifier

(415) Cass. 1re civ., 18 janv. 2007, no 05-20.529. – Cass. 1re civ., 3 mars 2010, no 09-13.949.

(416) Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger, signée le 7 juin 1968, et dont le but est de faciliter l'obtention par les autorités judiciaires d'informations sur le droit étranger, et de réaliser un système d'entraide internationale dans l'accès au droit étranger.
Le notariat n'est pas en reste, avec la création dès 2007 du Réseau notarial européen et les différentes informations alimentant le site du Conseil des notariats de l'Union européenne (CNUE) ainsi que les outils de droit comparé sur : « Les couples en Europe », « Acheter un bien immobilier en Europe », « Successions en Europe », « Personnes vulnérables en Europe », « Actes authentiques en Europe » (www.notaries-of-europe.eu/index.php?pageID=15978, consulté le 23 juill. 2018).

(417) Cass. 1re civ., 8 févr. 2017, no 16-12.958, *D.*

la capacité juridique des contractants dont dépend la validité de l'acte qu'il reçoit et authentifie, spécialement lorsqu'une partie est représentée par un mandataire, et qu'en cas de doute, il doit prendre toutes les précautions nécessaires afin de conférer pleine efficacité audit acte ».

La cour rappelle les devoirs du notaire en présence d'une personne vulnérable en énonçant un principe de vigilance ; elle en déduit les conséquences quant au comportement du notaire. Depuis plusieurs années, la jurisprudence intensifie le rôle du notaire et exige de lui qu'il procède à une étude approfondie de la capacité des parties (418).

Cet arrêt est également intéressant, car un mandat de représentation était en œuvre, la mandante, devenue vulnérable depuis, ayant été représentée lors de la signature de l'avant-contrat : la cour a eu l'occasion de confirmer que le notaire doit exercer une vigilance accrue. Il doit vérifier que le mandat avait bien été donné dans des conditions ne devant laisser aucun doute sur la volonté et la capacité du mandant à disposer, et ce d'autant plus si le notaire est en relation d'affaires suivie avec son client (419).

Dans un contexte international, en matière de capacité des adultes, il est aisé de réaliser à quel point la tâche pour le notaire d'honorer son devoir d'officier public peut relever d'une gageure, au regard de toutes ces difficultés énoncées, à la fois techniques et matérielles.

Même si, depuis le 1er janvier 2009, est entrée en application en France la Convention internationale de La Haye nº 35 du 13 janvier 2000 relative à la protection internationale des adultes.

B/ Les règles de droit conventionnel

2175 La Convention internationale de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes est entrée en vigueur en France le 1er janvier 2009, en même temps que la réforme de la protection juridique des majeurs issue de la loi nº 2007-308 du 5 mars 2007.

En vertu de l'article 1-1 : « La Convention s'applique, dans les situations à caractère international, à la protection des adultes qui, en raison d'une altération ou d'une insuffisance de leurs facultés personnelles, ne sont pas en état de pourvoir à leurs intérêts ».

I/ Les apports de la Convention internationale de La Haye nº 35 du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes

a) Convergence des règles de conflit et de compétence

2176 L'apport principal de la convention concerne l'harmonisation des règles de conflit et de compétence.

Pour ce qui concerne la règle de compétence, l'article 5 de la convention prévoit que : « 1. Les autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'État contractant de la résidence habituelle de l'adulte sont compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens. 2. En cas de changement de la résidence habituelle de l'adulte dans un autre État contractant, sont compétentes les autorités de l'État de la nouvelle résidence habituelle. »

(418) Quelques exemples : Cass. 1re civ., 29 mai 2013, nº 12-21.781 : *Bull. civ.* 2013, I, nº 110. – Cass. 1re civ., 12 juill. 2012, nº 11-22.637 : *Bull. civ.* 2012, I, nº 164. – Cass. 1re civ., 30 mai 1995, nº 93-13.758 : *Bull. civ.* 1995, I, nº 226.

(419) T. Fossier, *De Versailles à Strasbourg... vingt ans de responsabilité notariale en matière d'incapacité : JCP* N 2006, nº 13, 1141. *Adde* J. Klein et Fl. Gemignani, *Le notaire face à l'insanité d'esprit : JCP* N 2006, nº 13, 1142.

Pour ce qui concerne la règle de conflit, l'article 13 de la convention prévoit que : « 1. Dans l'exercice de la compétence qui leur est attribuée par les dispositions du chapitre II, les autorités des États contractants appliquent leur loi. 2. Toutefois, dans la mesure où la protection de la personne ou des biens de l'adulte le requiert, elles peuvent exceptionnellement appliquer ou prendre en considération la loi d'un autre État avec lequel la situation présente un lien étroit ».

L'harmonisation des compétences juridictionnelle et législative rend ainsi bien plus commode la mission du juge qui applique la loi qu'il connaît le mieux, étant la sienne, plutôt que celle d'un autre État.

La convention prévoit également d'autres dispositions visant à faciliter la circulation d'une décision prise dans un État contractant : elle organise la reconnaissance et l'exécution transfrontières.

b) Reconnaissance et exécution des mesures de protection internationale

2177 En vertu de l'article 22-1 de la convention : « Les mesures prises par les autorités d'un État contractant sont reconnues de plein droit dans les autres États contractants ». Tel est le principe qui a pour conséquence que le représentant de l'adulte protégé peut passer dans un autre État contractant les actes qui requièrent la protection de la personne ou des biens du majeur vulnérable.

Comme à tout principe, la reconnaissance de plein droit connaît des exceptions énoncées à l'article 22-2. Il peut s'agir de décisions prises, savoir :

- selon un chef de compétence non fondé en vertu des règles de compétence des articles 5 à 12 de la convention ;
- sans avoir respecté des règles procédurales comme celle relative à l'audition préalable de l'adulte devant être protégé ;
- mais qui demeurent contraires à l'ordre public de l'État requis ;
- ou sont contraires à une disposition de la loi d'application immédiate de cet État ;
- alors qu'elles sont incompatibles avec une mesure de protection prise postérieurement dans un État non contractant, qui aurait été compétent en vertu des articles 5 à 9 de la convention ;
- sans avoir respecté la procédure de l'article 33 qui prévoit, dans le cas d'un placement de l'adulte dans un autre État contractant, une consultation préalable de l'autorité centrale ou une autre autorité compétente de l'État d'accueil.

Quant à l'exécution de la décision, si la mesure suppose un acte d'exécution, une déclaration d'*exequatur* demeure nécessaire en vertu de l'article 25-1 de la convention : « Si les mesures prises dans un État contractant et qui y sont exécutoires comportent des actes d'exécution dans un autre État contractant, elles sont dans cet autre État déclarées exécutoires ou enregistrées aux fins d'exécution, sur requête de toute partie intéressée, selon la procédure prévue par la loi de cet État ».

Même si la procédure doit être simple et rapide (420), elle doit être respectée, et ne peut être refusée que pour l'un des motifs prévus à l'article 22-2 énoncé ci-dessus (421).

La convention internationale a instauré une convergence entre compétence de l'autorité du *for* et application de la loi du *for*, ainsi que les règles facilitant la reconnaissance des décisions prises entre les États contractants. Elle envisage en outre un nouvel outil d'anticipation pour le droit interne français, le mandat d'inaptitude, entré en vigueur en France le

(420) Conv. 13 janv. 2000, art. 25-2.
(421) Conv. 13 janv. 2000, art. 25-3.

1er janvier 2009, en même temps précisément que le mandat de protection future issu de la loi de 2007.

c) Le mandat d'inaptitude et sa portée universelle

Le mandat d'inaptitude est l'une des principales innovations de la Convention nº 35 du 13 janvier 2000 (422). **2178**

i - Les principes directeurs basés sur la résidence habituelle ou le choix de loi

Établi par l'adulte au moment où il est pleinement capable, en prévision de son incapacité future, ce mandat permet de consacrer plusieurs principes fondateurs du droit européen : l'autonomie de la volonté, la prévisibilité, la proximité. **2179**

En vertu de l'article 15-1 de la convention : « L'existence, l'étendue, la modification et l'extinction des pouvoirs de représentation conférés par un adulte, soit par un accord écrit, soit par un acte unilatéral, pour être exercés lorsque cet adulte sera hors d'état de pourvoir à ses intérêts, sont régies par la loi de l'État de la résidence habituelle de l'adulte au moment de l'accord ou de l'acte unilatéral, à moins qu'une des lois mentionnées au paragraphe 2 ait été désignée expressément par écrit ».

Une mesure de simplification supplémentaire est consacrée : le mandat d'inaptitude est régi par la loi de la résidence habituelle de l'adulte au moment de sa conclusion, avec la possibilité pour le constituant, conformément à l'article 15-2, de choisir une autre loi que celle de sa résidence.

En vertu de l'article 15-2 : « Les États dont la loi peut être désignée sont les suivants :

a) un État dont l'adulte possède la nationalité ;

b) l'État de la résidence habituelle précédente de l'adulte ;

c) un État dans lequel sont situés des biens de l'adulte, pour ce qui concerne ces biens ».

ii - La portée universelle du mandat d'inaptitude

L'article 18 de la Convention nº 35 du 13 janvier 2000 reconnaît à tout le chapitre 3 « Loi applicable », dans lequel figure le mandat d'inaptitude, une portée universelle puisque les dispositions de ce chapitre s'appliquent même si la loi désignée est une loi d'un État non contractant à la convention. **2180**

Ainsi, la généralisation du mandat d'inaptitude devrait permettre au notaire de recevoir cet instrument, dans le respect strict des contraintes évoquées ci-dessus (V. *supra*, nº 2174), et d'instrumenter son acte auquel intervient un adulte vulnérable représenté par son mandataire désigné par un mandat d'inaptitude activé au moment de la signature de l'acte.

Pour ce qui concerne le mandat de protection future, instauré depuis 2009, outil d'autodétermination français, le notaire ne devrait rencontrer aucun problème particulier, tant les conditions de sa mise en œuvre et de sa publicité sont prévues par la loi (registre des mandats, activation sous conditions...).

Mais, lorsque le mandat d'inaptitude a été conclu, conformément à la convention de La Haye, à l'étranger (423), dans quelles conditions peut-il circuler, être accepté et respecté sur tous les territoires, à commencer par celui de l'Union européenne ?

(422) M. Revillard, *Le mandat de protection future en droit international privé : Defrénois* 2008, art. 38806.

(423) La Grande-Bretagne, l'Irlande, l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, l'Italie, l'Espagne ont instauré dans leur système juridique respectif un mandat d'inaptitude.

Si, en France, la loi du 28 décembre 2015 (424) a prévu que doit être créé un registre spécial des mandats, permettant alors aux autorités et aux tiers de connaître leur existence, au niveau européen, les difficultés relatives à l'absence de publicité restent entières.

Focus sur le mandat de protection future français

Depuis le 1er janvier 2009, toute personne majeure et capable peut charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter pour le cas où elle se retrouverait dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'altération de ses facultés. L'article 477 du Code civil instaure ainsi le mandat de protection future.

Le mandat de protection prend effet à compter du moment où le mandant n'est plus en mesure de pourvoir seul à ses intérêts. Cette situation est présentée par le mandataire au greffier du tribunal d'instance à qui sont communiqués le mandat ainsi qu'un certificat médical émanant d'un médecin choisi sur la liste prévue à l'article 431 du Code civil (425).

Le greffier, après avoir effectué certaines vérifications prévues à l'article 1258-2 du Code de procédure civile (notamment si le mandant et le mandataire sont majeurs, et si des modalités de contrôle du mandataire sont prévues dans le mandat), paraphe chaque page du mandat et mentionne en fin d'acte que celui-ci prend effet à compter de la date de sa présentation au greffe, y appose son visa et le restitue au mandataire, accompagné des pièces produites.

En outre, selon l'article 477-1 du Code civil issu de la loi du 28 décembre 2015, le mandat de protection future est publié par une inscription sur un registre spécial, dont les modalités et l'accès doivent être réglés par un décret devant être pris en Conseil d'État.

À ce stade, deux remarques importantes doivent être soulignées :

I. **L'absence de registre national**

Le décret visé à l'article 477-1 et devant prévoir les modalités ainsi que l'accès au registre spécial des mandats de protection future tarde à paraître. Il en résulte plusieurs conséquences :

- l'absence de publicité génère inévitablement des difficultés à l'égard des tiers et des proches qui peuvent ignorer l'existence du mandat ; par exemple, le juge saisi d'une requête d'ouverture d'une mesure de protection, qui ignore si le majeur concerné a déjà régularisé un mandat de protection ou pas ; dans ce cas, seul le mandataire serait en mesure de le signaler au juge qui n'a à ce jour aucun moyen de connaître l'existence ni la teneur du mandat (426) ;
- si déjà lors du 102e Congrès des notaires de France, en 2006, l'un des vœux de la troisième commission était « que le mandat de protection future fasse, dès sa mise en œuvre, l'objet d'une mesure de publicité au répertoire civil et que mention de cette inscription soit portée sur l'extrait d'acte de naissance de la personne concernée » (427) ; si lors d'une question écrite au gouvernement le 28 juillet 2015 (428), il est évoqué le rapport du Conseil supérieur du notariat de 2014 dans lequel il était préconisé de considérer le mandat de protection future comme une véritable mesure de protection ; si dans ledit rapport, le Conseil supérieur du notariat préconisait d'instaurer une mesure de publicité du mandat de protection future,

(424) L. nº 2015-1776, dénommée « Loi d'adaptation de la société au vieillissement », tout un programme et surtout une réelle prise de conscience du phénomène lié au vieillissement de la population et tous les nouveaux besoins et l'évolution et l'adaptation du droit que cela génère.

(425) C. civ., art. 481 et CPC, art. 1258 à 1258-4.

(426) Pour une illustration si besoin était : l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 4 janvier 2017 (nº 15-28.669 : ECLI:CCASS:2017:C100001) a été rendu suite à l'ouverture d'une curatelle par le juge en ignorant l'existence d'un mandat de protection future établi par acte authentique antérieurement et exécuté postérieurement au prononcé de l'ouverture de la curatelle, mesure de protection judiciaire qui de ce fait a été annulée par les juges du fond, confirmée par la Haute Cour.

(427) www.congresdesnotaires.fr/media/uploads/propositions_des_congres/102estrasbourg_2006.pdf, consulté le 29 juill. 2018.

(428) QE nº 85698 : *JOAN* Q 28 juill. 2015, p. 7998.

notamment par la création d'un registre spécifique et l'insertion d'une mention en marge de l'acte de naissance ou du registre d'état civil (429) ; si la réponse du gouvernement a été de confirmer que « ces dispositions contribueront à assurer la sécurité juridique de ce dispositif, en permettant aux professionnels du droit d'avoir connaissance de l'expression de volonté du mandant et ainsi d'éviter le prononcé d'une mesure de protection judiciaire » (430), le décret tant attendu était annoncé pour l'été 2016 ; si dans son rapport de 2016, le Défenseur des droits a pu relever « avec satisfaction la création, qu'il avait appelée de ses vœux », d'un répertoire des mandats à l'article 477-1 du Code civil. Il indiquait cependant demeurer « vigilant sur les modalités concrètes d'accès qui seront mises en œuvre par décret, préconisant que ce registre, dont la tenue devrait être confiée aux notaires, devrait pouvoir être accessible aux juges qui devront le consulter avant toute décision de mesure de protection » (431) ; si, lors de son discours du 8 novembre 2017 aux Assises nationales de la protection juridique des personnes majeures, M^me^ la Ministre de la Justice, garde des Sceaux, reconnaît que « ce dispositif n'a cependant pas eu le succès escompté puisqu'environ 5 000 mandats seulement ont été mis en œuvre depuis 2009. L'une des explications de cet échec se trouve sans doute dans l'absence de publicité de la mesure, qui peut être inconnue du juge saisi d'une demande de protection du majeur » (432), force est de constater que ces difficultés, liées à l'absence de visibilité et de prise de connaissance, seront résolues par les mesures de publicité attendues.

Pour illustrer en quelques chiffres le rayonnement attendu du mandat de protection future, les statistiques démontrent qu'en France et à proportion égale avec le Québec, dont le mandat d'inaptitude – dénommé « Mandat en prévision de l'inaptitude » – a pu inspirer le législateur français pour introduire en France le mandat de protection future, en 2014 il était enregistré dans le registre des mandats de la Chambre des notaires du Québec, un million de mandats sur une population totale de sept millions d'habitants. La France « pourrait s'attendre à voir émerger sept millions de contrats d'anticipation » (433).

Ce dispositif conventionnel d'anticipation et de protection mériterait en effet de pouvoir prendre son essor programmé, bien qu'une étonnante particularité s'est fait jour à la suite d'une réponse ministérielle du 31 mai 2018, pour les Français établis à l'étranger.

2. Le mandat de protection future pour les Français établis à l'étranger

Une réponse ministérielle récente (434) est venue apporter une précision sur le mandat de protection future pour les Français établis à l'étranger : selon le gouvernement, l'exigence de production d'un certificat médical circonstancié de l'article 431 du Code civil ne s'appliquerait qu'aux Français ayant établi leur résidence habituelle en France. Dans cette réponse, il est en outre indiqué que pour les ressortissants français séjournant dans un État ayant adhéré à la convention de La Haye, « les modalités d'exercice

(429) www.notaires.paris-idf.fr/actualites/proteger-une-personne-vulnerable-la-publicite-du-mandat-de-protection-future, mise à jour le 21 févr. 2017, consulté le 29 juill. 2018.

(430) QE n° 85699, 28 juill. 2015 : *JOAN* Q 17 mai 2016, p. 4268 (http://questions.assemblee-nationale.fr/static/14/questions/jo/jo_anq_201620.pdf, consulté le 29 juill. 2018).

(431) Rapport du Défenseur des droits de 2016, p. 22 (www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/rapport-majeurs_vulnerables-v5-num.pdf, consulté le 29 juill. 2018).

(432) Discours prononcé le 8 novembre 2017 à l'espace Reuilly (www.presse.justice.gouv.fr/archives-discours-10093/discours-de-2017-12856/assises-nationales-de-la-protection-juridique-des-majeurs-31002.html, consulté le 29 juill. 2018).

(433) B. Beignier et J.-R. Binet, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ/Lextenso, coll. « Cours », 2014, spéc. p. 189, cité par M^me^ S. Coll de Carrera, thèse de doctorat, *Le mandat de protection future*, 24 nov. 2016, Université de Montpellier, p. 23, n° 11, note de bas de page n° 48.

(434) Rép. min. n° 3037 : *JO* Sénat Q 31 mai 2018, p. 2688 ; *JCP* N 15 juin 2018, n° 24 p. 13, act. 546 : Mandat de protection future et expatriation.

du mandat de protection future sont régies par la loi du pays où le ressortissant a sa résidence habituelle ». Si le ressortissant français est domicilié dans un État non contractant à la convention, « et en l'absence de convention bilatérale spéciale, la mise en œuvre et l'exécution du mandat de protection future sont soumises aux règles de droit international privé local ».

Cette réponse paraît faire une mauvaise interprétation de la convention internationale, dans la mesure où si l'article 15-1 de la convention prévoit bien que l'existence, l'étendue, la modification et l'extinction des pouvoirs de représentation sont régies par la loi de l'État de la résidence habituelle de l'adulte, l'article 15-3 quant à lui prévoit que « les modalités d'exercice de ces pouvoirs de représentation sont régies par la loi de l'État où ils sont exercés », et non par la loi de la résidence habituelle du mandant.

Cette réponse, très tôt relevée et qualifiée de« curieuse » par un auteur (435), vient compliquer la mise en œuvre du mandat à dimension internationale.

Pour le gouvernement, la production du certificat médical ainsi que la présentation au greffe du mandat relèvent des « modalités d'exercice » du mandat de protection. De ce fait, les conditions de mise en œuvre devraient être soumises à la loi applicable aux modalités d'exercice, c'est-à-dire à la loi de l'État où elles sont exercées (436) et non à la loi de la résidence habituelle du mandant, comme pourtant indiqué dans la réponse ministérielle.

À moins que, pour comprendre le raisonnement adopté dans cette réponse ministérielle, il faille donner une signification différente des mêmes termes utilisés à la fois par le ministre et les rédacteurs de l'article 15-3 de la convention ; et que lorsque le ministre de l'Europe et des Affaires étrangères évoque les modalités d'exercice, en italique de surcroît dans la réponse, il n'entend pas donner à cette expression la même signification que lui donne l'article 15-3 de la convention ?

Dans cette hypothèse, le gouvernement donnerait-il un autre sens à l'expression « modalités d'exercice », qui devrait être entendue plutôt comme « points de détails » ?

Dans le rapport explicatif de la convention, M. le Professeur Paul Lagarde décrit les éléments pouvant figurer sous la notion « de points de détails » (437) : la vérification par une procédure locale de l'existence et de l'étendue des pouvoirs, le dépôt de l'acte les conférant, ou encore la procédure de l'autorisation lorsque le mandat d'inaptitude prescrit une autorisation. Ni le certificat médical de l'article 431 du Code civil ni la présentation au greffe du mandat de l'article 1258 du Code de procédure civil ne semblent pouvoir être considérés comme points de détails.

Comment, dans ces conditions, faire relever de la loi de la résidence ces critères de déclenchement du mandat de protection future, pour les Français à l'étranger ?

À y regarder de près, cette réponse va générer inévitablement des situations « boiteuses » : en effet, si l'on accepte de retenir le principe du rattachement des modalités d'exercice à la loi de l'État de la résidence habituelle de l'adulte, il y aura effectivement convergence entre loi applicable au mandat et à ses modalités d'exercice, si le mandant laisse le principe de l'article 15-1 applicable à son mandat ; mais cette coïncidence prend fin dès l'instant où le mandant désigne lui-même une autre loi pour régir (438) le mandat de protection future comme l'y autorise l'article 15-2.

Comme dans tous les instruments internationaux et européens récents, la convention du 13 janvier 2000 confère à l'autonomie de la volonté, qui s'inscrit dans un mouvement

(435) D. Lambert, *Curieuses précisions sur le mandat de protection future pour les Français établis à l'étranger : Sol. Not.* 14 juin 2018, nº 20, act. 7, p. 7, inf. 4.

(436) Conv. nº 35, 13 janv. 2000, art. 15-3.

(437) Cf. P. Lagarde, Rapport explicatif de la Convention relative à la protection internationale des adultes, consolidé dans sa version d'avril 2017, publié par La Conférence de La Haye de droit international privé, p. 76, nº 107.

(438) Cf. Rapport préc., p. 74, nº 100.

général de contractualisation de la sphère personnelle et familiale (439) un rôle majeur. Si le mandant fait un choix de loi, tel que l'article 15-2 le lui permet, les « modalités d'exercice » du mandat de protection seraient rattachées à la loi du lieu de résidence, alors qu'une autre loi lui est applicable ? De plus, cette réponse semble méconnaître les dispositions de l'article 15-3 de la convention, qui prévoient précisément que les modalités d'exercice du mandat sont la loi de l'État où les pouvoirs sont exercés ?

Cette réponse risque de provoquer des incohérences dans l'application des règles de conflit, voire même des contradictions, provoquant de graves dysfonctionnements dans leur mise en œuvre. Comme a pu l'écrire un auteur : « Afin de prévenir de telles imperfections, l'intérêt de respecter au niveau du conflit de lois la cohérence des solutions qui existe à l'intérieur d'un ordre juridique mérite d'être rappelé » (440). La Convention internationale de La Haye nº 35 du 13 janvier 2000 ne constitue-t-elle pas précisément un système cohérent par lui-même, sans qu'aucune interprétation gouvernementale ne vienne rajouter, modifier, voire perturber les règles établies ? Ces règles qui assurent de surcroît une grande cohérence, louée par les commentateurs (441) ?

Surtout qu'à y regarder de plus près encore, cette vision ministérielle pourrait même engendrer d'autres situations encore plus dommageables que les situations boiteuses. En effet, et toujours selon cette réponse ministérielle, que se passe-t-il si le ressortissant français, après avoir établi un mandat de protection future au moment où il résidait dans un État qui le reconnaissait, est aujourd'hui résident dans un État qui ignore ce dispositif, alors que le mandat doit être activé : peut-il l'être, et si oui, dans quelles conditions ? Aucun éclaircissement sur ce point n'est donné par le ministre dans sa réponse.

Pourtant un grand nombre de ressortissants français vivent leur retraite dans des États non contractants à la convention (442). Quelles sont les solutions à apporter à ce flot d'interrogations que soulève cette réponse ministérielle (443) ?

Le mandat d'inaptitude, connu en France sous le terme de mandat de protection future, paraît être l'instrument adéquat pouvant concilier à la fois le respect de l'autonomie de la volonté, d'une part, et le « désengorgement » des juridictions à la protection, d'autre part, tout en continuant à exercer un contrôle dans le suivi, et le faire cesser s'il y a lieu (444).

Dans un contexte international, le notaire confronté à la comparution d'un mandataire agissant en vertu d'un mandat d'inaptitude va rencontrer diverses difficultés : comment le

(439) C. Kholer, *La segmentation du statut personnel comme vecteur de l'autonomie de la volonté en matière familiale et successorale, in* A. Panet, H. Fulchiron et P. Wautelet (ss dir.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruylant, sept. 2017, p. 73 et s.

(440) C. Kholer, art. préc., p. 74.

(441) P. Lagarde, *La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes : Rev. crit. DIP* 2000, p. 159 et s. – M. Revillard, *Protection internationale des adultes et droit international privé des majeurs protégés : Defrénois* 15 janv. 2009, p. 35 et s. – M.-C. Lambertye-Autrand, *L'internationalisation de la protection des majeurs vulnérables : LPA* nov. 2010, p. 39 et s.

(442) Les États contractants à la convention sont seulement au nombre de douze à ce jour, dont dix États membres : l'Allemagne, l'Autriche, Chypre depuis le 1er novembre 2018, l'Estonie, la Finlande, la France, le Royaume-Uni pour l'Écosse seulement, la Lettonie depuis le 1er mars 2018, la Principauté de Monaco, la République tchèque, la Suisse, et depuis le 1er juillet 2018 le Portugal.

(443) Dans son article précité, David Lambert évoque d'autres points importants restés sans réponse, comme l'application des règles de compétence de l'article 5-1 (Autorité de la résidence habituelle) ou encore l'application du principe de subsidiarité des articles 14 et 15 du Code civil, subordonné lui-même aux règles édictées aux articles 7-1 et 7-3 de la convention (7-1 : Autorité nationale compétente si elle se considère mieux à même de protéger son ressortissant que l'autorité de la résidence ; 7-3 : Cessation des mesures prises par l'autorité nationale quand l'autorité de résidence a pris les mesures requises par la situation, ou considère que celles prises doivent prendre fin).

(444) C. civ., art. 485.

notaire peut-il exercer un contrôle tant sur la loi applicable au mandat que sur sa validité formelle, puisque la convention reste muette sur les conditions de validité quant à la forme du mandat ?

Les personnes vulnérables en Europe : ce qu'il faut retenir

Pour contrôler la loi applicable au mandat d'inaptitude, le notaire qui instrumente un acte dans lequel une personne devenue vulnérable est représentée par son mandataire doit accepter de nouveaux réflexes, et respecter en premier lieu les dispositions à portée universelle de l'article 15-1 de la convention : le mandat est soumis à la loi de la résidence habituelle de l'adulte au jour de la signature, sauf choix de loi arrêté par le mandant suivant la liste de l'article 15-2 (loi de sa nationalité, de sa résidence habituelle précédente, du lieu de situation des biens pour ces derniers exclusivement).
Par ailleurs, la convention ne prévoit aucune règle quant aux conditions de forme du mandat d'inaptitude : il peut être authentique ou sous seing privé. Il peut encore faire l'objet d'une déclaration judiciaire d'incapacité (Allemagne) ou décision judiciaire (Belgique).
Enfin, le site du Conseil des notariats de l'Union européenne (CNUE) propose un portail sur les personnes vulnérables en Europe, permettant d'avoir accès au contenu du droit matériel des vingt-deux États membres connaissant le notariat de type latin, et celui du l'Union internationale du notariat latin (UINL) complète l'accès au contenu du droit matériel des autres États membres du Conseil de l'Europe (445).

Si les avancées permises par la Convention internationale de La Haye du 13 janvier 2000 sont indéniables, tant par la promotion de nouvelles règles de conflit convergeant avec les règles de compétence, que par la création de nouveaux outils d'autodétermination, cet instrument connaît cependant certaines limites, qui le rendent immanquablement insuffisant.

II/ Les limites de la Convention n° 35 du 13 janvier 2000

a) La portée relative de la convention

2181 La première limite dont il convient d'évoquer l'importance est la portée relative du champ d'application spatial de la Convention n° 35.

En effet, la convention n'est applicable qu'entre les États contractants, dont neuf seulement sont États membres de l'Union. Il s'agit de : l'Allemagne, l'Autriche, Chypre depuis le 1er novembre 2018, l'Estonie, la Finlande, la France, la Lettonie depuis le 1er mars 2018, le Portugal depuis le 1er juillet 2018, la République tchèque.

Neuf États membres seulement sur vingt-sept, qui peuvent entre eux appliquer les règles communes de droit international privé définies par la convention de La Haye. C'est dire que dans les rapports de droit entre les États contractants et les États non contractants, ce sont les règles de droit international privé de droit commun qui s'appliquent, avec toutes les difficultés tant techniques que matérielles déjà évoquées (V. *supra*, n° 2174).

Des solutions modernes, adaptées à l'internationalisation des phénomènes de mobilité des personnes et des familles, devraient se substituer à des principes plusieurs fois centenaires (la règle de rattachement à la loi nationale de l'article 3 du Code civil date de la création du

(445) Site du CNUE à consulter : www.personnes-vulnerables-europe.eu. Quant à l'UINL, le portail permet l'accès au droit des majeurs protégés dans les pays européens suivants : Andorre, Bosnie, Géorgie, Kosovo, Londres (Royaume-Uni), Macédoine, Monténégro, Russie, Suisse, Turquie, Ukraine : www.uinl.org/fr_FR/personnes-vulnerables-en-europe, consulté le 5 août 2018.

Code civil des Français de 1804), qui s'avèrent, de façon pragmatique, bien détachés des réalités sociologiques actuelles, comme le montre le phénomène massif de l'accueil en établissements spécialisés situés en Belgique des adultes handicapés français (446).

Rechercher correctement les règles de conflit, éparpillées dans les différents ordres juridiques, les considérer et les appliquer, cela rentre-t-il vraiment dans les attributions du notaire qui instrumente un acte ? La réponse semble être affirmative, sans tempérament possible, selon la doctrine (447). Dans cette matière, comme en matière d'état civil déjà analysée plus haut (notion de force probante des actes d'état civil, V. *supra*, n° 2117), les difficultés dans les investigations pour connaître le droit étranger peuvent s'avérer insurmontables, longues et coûteuses de surcroît.

L'office du juge, comme celui du notaire, se trouverait bien mieux assuré si les règles européennes en matière de protection internationale pouvaient tendre vers une harmonisation, au même titre que le droit patrimonial européen, comme cela est déjà le cas avec les règlements « Divorce », « Successions », « Régimes matrimoniaux » ou encore « Partenariats enregistrés ».

Outre la portée limitée de la convention, une autre insuffisance doit être soulignée : l'absence de publicité du mandat d'inaptitude.

b) L'absence de publicité du mandat d'inaptitude

2182 Si la convention prévoit à l'article 38 la délivrance d'un certificat international à toute personne à qui est confiée la protection de la personne de l'adulte ou de ses biens, ce certificat reste non seulement facultatif, mais surtout ne peut remplacer l'absence de registres permettant aux personnes qui y ont intérêt d'avoir accès à l'information relative à la mise en œuvre et à l'exécution effective d'un mandat d'inaptitude.

Si cet outil d'anticipation patrimoniale, comme extra-patrimoniale, permet d'adapter les règles de protection des personnes vulnérables, son absence de publicité peut freiner considérablement son succès pourtant espéré par beaucoup de professionnels.

Le mandat d'inaptitude présente des solutions respectueuses du principe d'autodétermination ; il est à la disposition des personnes adultes, capables et prévoyantes, qui souhaitent organiser la gestion tant de leurs biens que de leur personne, pour le jour où elles pourront devenir vulnérables, arrivées au seuil des troisième, voire quatrième âges.

Le vieillissement de la population est en effet un phénomène de plus en plus majeur en Europe, que les politiques migratoires, qu'elles soient européennes ou nationales, ne permettront pas de réduire.

Mais en Europe (comme en France à l'heure présente), aucun registre transnational n'a été prévu, afin de faire circuler pour les personnes y ayant intérêt les informations relatives à l'existence d'un mandat d'inaptitude établi dans un État membre.

(446) V.-A. Régent, *Le juge des tutelles et l'exil des majeurs handicapés en Belgique : D.* 2014, p. 1389.

(447) E. Fongaro et H. Péroz, *Droit international privé patrimonial de la famille*, LexisNexis, 2e éd. 2017, p. 2, n° 2 : « Le notaire est tenu des mêmes obligations que le juge quant à la recherche de la loi applicable à une situation présentant des éléments d'extranéité. Ainsi le notaire doit rechercher la règle de conflit adéquate. Il a l'obligation d'appliquer le renvoi. Il doit respecter la hiérarchie des normes ; ». Quant à M. Revillard, dans son ouvrage *Droit international privé et européen, pratique notariale* (Defrénois, 9e éd. 2018, p. 39, n° 28) : « Sur le plan notarial, il est certain que le notaire doit connaître la règle de conflit française et lorsque la règle de conflit désigne une loi étrangère, il doit l'indiquer aux parties et en rechercher le contenu lui-même. C'est seulement dans le cas d'empêchement justifié de connaître la loi étrangère qu'il pourrait recourir à l'application du droit français tout en relevant expressément cette situation dans son acte ».

De là à penser que la reconnaissance des instruments de protection internationale pour les personnes vulnérables et mobiles en Europe ne figure pas parmi les priorités...

Comment, dans ces conditions, envisager un espace de liberté, de justice et de sécurité, fondements de l'Espace européen (448), si la volonté d'autodétermination des personnes devenues vulnérables risque d'être ignorée au moment où il sera précisément le plus utile de le savoir ? N'est-ce pas là une entrave à leur liberté que d'ignorer leur volonté exprimée au moment où elles en avaient l'aptitude, alors que ces personnes, aujourd'hui fragiles, mènent elles aussi, comme tout adulte capable, une vie juridique, possédant un patrimoine qui ne peut être laissé sans direction ?

Le plus grand danger dans cette matière serait de constater que le vieillissement de la population et sa conséquence directe, la vulnérabilité des adultes, pourraient constituer réellement une entrave à la libre circulation des citoyens européens.

Sous-section II La présence ou la représentation du client à l'acte authentique

2183 L'acte authentique est reçu par le notaire en la présence des clients qui comparaissent devant lui. Si les modalités de réception ont pu déjà être étudiées dans les parties précédentes de la présente commission, tant pour ce qui concerne la fin des clercs habilités (V. *supra*, nos 2074 et 2075, le renforcement d'une coopération entre notariats (V. *supra*, no 2100, ou encore l'évocation d'une instrumentation à distance internationale (V. *supra*, no 2102), les propos qui suivent porteront sur un sujet complémentaire et fondateur : la présence du client lors de la cérémonie de signature.

À côté de la présence traditionnelle, la présence physique **(§ I)**, qui a toujours été la règle en la matière – l'exception étant la représentation dont il sera parlé plus loin –, une nouvelle forme de présence apparaît avec l'évolution technologique du métier : la présence dématérialisée du client à la signature **(§ II)**.

§ I La présence à l'acte

A/ La présence physique à l'acte

2184 Les principes relatifs à la solennité de l'acte authentique ont été rappelés au titre III (V. *supra*, no 2086), auquel il est ici renvoyé. De même, au titre II, où est abordé le thème du lieu de signature, l'importance de la présence physique du notaire a été précisée lors de la cérémonie de signature (V. *supra*, no 2075). En définitive, la présence physique d'une personne majeure de nationalité étrangère n'appelle pas d'observation supplémentaire à celles déjà détaillées et évoquées dans les règles d'état civil générales (V. *supra*, no 2117) ou les règles européennes (V. *supra*, no 2119), lorsqu'il est nécessaire d'avoir à l'esprit la particularité de l'état des personnes étrangères ; tout comme les règles relatives au contrôle d'identité (V. *supra*, no 2154) que le notaire doit effectuer à l'égard de son client physique étranger présent face à lui lors de la signature.

Seront simplement repris, sous forme de récapitulatif, les points de vigilance que le notaire doit respecter en présence d'un client majeur, de nationalité étrangère, qui comparaît à l'acte.

(448) TFUE, art. 67 : « 1. L'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres ».

La présence physique d'un client étranger à l'acte : ce qu'il faut retenir

SON ÉTAT CIVIL :
Règles générales de droit commun : les actes d'état civil bénéficient d'une présomption de force probante, résultant de l'article 47 du Code civil (V. *supra*, n° 2117). Cependant, les actes établis à l'étranger en langue étrangère doivent être présentés au notaire qui doit exiger l'original accompagné de sa traduction jurée : cf. Instr. gén. relative à l'état civil, 11 mai 1999, § 586-1 (visée en note de bas de page *supra* , sous n° 2117), le tout conformément apostillé, sauf exceptions (V. *infra*, n° 2351).
Nouvelles règles européennes depuis le 16 février 2019 : les actes d'état civil concernant des ressortissants d'un État membre devant comparaître à un acte notarié n'ont plus à faire l'objet d'aucune traduction ni de légalisation (par apostille ou autre) : dans la mesure où les documents présentés au notaire sont des copies certifiées simplement par l'autorité locale qui les délivre, ils suffisent désormais pour justifier de la situation personnelle du client présent physiquement devant le notaire lors de la signature de l'acte : V. *supra*, n° 2119.
SA CAPACITÉ – MAJORITÉ
La capacité du client est généralement acquise quand il atteint la majorité. L'âge de la majorité diffère selon les États, et la règle de conflit en matière de capacité est soit rattachée à la nationalité (loi française issue de l'article 3 du Code civil (V. *supra*, n° 2169), soit à son domicile (règle de conflit de *common law* : V. *supra*, n° 2170).
SON IDENTITÉ
Les obligations d'identification ajoutées aux obligations de vigilance dans la lutte contre le blanchiment imposent au notaire de conserver une copie d'une pièce officielle d'identité, peu importe qu'elle ait été délivrée à l'étranger, dans la mesure où toutes les indications réglementaires y figurent (V. *supra*, n° 2155).
SA COMPRÉHENSION DE L'ACTE
Le notaire doit s'assurer que le client étranger comprend bien le français. Au moindre doute, si le client ne maîtrise pas, peu ou mal la langue française, le notaire doit l'inviter à recourir à un interprète. Sa responsabilité peut être engagée s'il n'est pas en mesure d'apporter la preuve qu'il a bien averti les parties des conséquences de l'acte (V. *supra*, n° 2110).
Sur ce point, la caisse de garantie collective préconise le *modus operandi* suivant (V. *supra*, n° 2110).
1. adresser d'office, et préalablement à la signature de l'acte notarié, un projet de l'acte aux parties (sans nécessité de traduction), surtout si elles ne maîtrisent pas la langue ;
2. le notaire doit se ménager la preuve d'avoir invité le client à se faire assister par un interprète ;
3. la faute commise par le client de ne pas se faire assister n'exonère pas le notaire de sa responsabilité d'avoir à l'inviter à le faire ;
4. l'intervention d'un interprète assermenté permet d'avoir l'assurance de la fidélité de la traduction, mais aussi de sa neutralité ;
5. l'intervention de l'interprète sera mentionnée au pied de l'acte.

Tous ces points vérifiés et respectés, la présence physique du client étranger à l'acte permet au notaire de recevoir son acte dans les meilleures conditions possibles de comparution.

En plus de la présence physique, traditionnelle, une autre forme de présence va apparaître dans les années à venir : au regard de l'évolution technologique et des besoins des clients qui ne souhaitent plus perdre de temps en déplacements et voyages, la présence de la personne physique sera bientôt dématérialisée.

Au moyen d'écrans interposés, *via* une transmission par visioconférence sécurisée, la cérémonie de signature de l'acte authentique, au cours de laquelle le notaire reste physiquement présent, deviendra un nouveau standard.

B/ La présence dématérialisée à l'acte authentique électronique à distance

I/ Le notariat, un écosystème digitalisé reconnu

2185 L'évolution technologique fulgurante qu'entraîne la révolution numérique en marche est à l'origine de la loi du 7 octobre 2016 (V. *supra*, n° 2079), « Loi pour une République numérique ».

Le notariat n'est pas en reste, ainsi qu'il a pu être démontré précédemment (V. *supra*, n° 2081). Il devient même sujet de recherche pour la Mission de recherche Droit et Justice du ministère de la Justice, qui a demandé à une équipe d'experts (composée d'universitaires et de praticiens – juristes et développeurs d'outils numériques) de mener sur le notariat et le numérique des travaux de recherche pluridisciplinaire et collaborative, à la fois fondamentale et appliquée.

Le thème de cette mission de recherche est intitulé : « Le cybernotaire au cœur de la République numérique ».

Le gouvernement a lancé ces travaux scientifiques non seulement parce que le numérique est au cœur du notariat dans la production de ses actes, mais aussi parce que le notariat est lui-même un acteur de la révolution numérique, dans toutes les composantes de son métier.

De plus, son utilité sociale, par la sécurité juridique qu'il apporte – participant de la sorte activement à la justice préventive – démontre la légitimité de la confiance publique que lui accorde l'État français, et d'une façon plus générale et européenne, le Parlement européen (449) et les juridictions européennes (450).

Les attentes du gouvernement reposent sur l'accompagnement et la compréhension de la mutation numérique de la profession, étroitement liée aux citoyens et à l'État, dans un seul but : « conforter la République numérique » (451).

Dans cette perspective, le projet est prévu sur deux années, devant se terminer avec la parution des travaux en août 2020.

En collaboration avec la Chambre des notaires des Hauts-de-Seine et l'Université de Paris-Nanterre, cette équipe pluridisciplinaire étudie en profondeur les divers aspects de la numérisation du notariat, pour mieux en mesurer les avantages, autant que les risques et les dangers, afin de renforcer dans cette République numérique française, « l'ancrage du notariat » (452).

II/ Les chantiers de la justice pour une transformation numérique

2186 Par ailleurs, le 6 octobre 2017, le Premier ministre et la garde des Sceaux ont présenté, au tribunal de grande instance de Nantes, les cinq grands chantiers de la justice. Ces cinq chantiers conduiront à une transformation du secteur en collaboration avec les acteurs du

(449) Cf. Parlement européen, rés. 8 janv. 1994, étudiée en partie préliminaire (V. *supra*, n^{os} 2088 et s.).

(450) Pour la Cour de justice de l'Union européenne : cf. arrêt *Piringer* étudié précédemment en partie préliminaire (V. *supra*, n^{os} 2042 et s.). Pour la Cour européenne des droits de l'homme : cf. arrêts *Richet et Le Ber* analysé ci-dessus (V. *supra*, n° 2063) et *Ana Ionita* (V. *supra*, n° 2065).

(451) Site internet de la Mission de recherche du ministère de la Justice : www.gip-recherche-justice.fr/publication/notariat-et-numerique-le-cyber-notaire-au-coeur-de-la-republique-numerique

(452) *Dixit* le site gip-recherche : www.gip-recherche-justice.fr/publication/notariat-et-numerique-le-cyber-notaire-au-coeur-de-la-republique-numerique/, consulté le 6 août 2018.

terrain. Le premier chantier intitulé « Transformation numérique » retient ici l'attention, dans la mesure où un premier rapport a été mis en ligne dès le mois de janvier 2018 (453).

Une des mesures phares proposées par les rapporteurs référents (454) fait écho avec la cérémonie de signature de l'acte notarié : il s'agit, pour les rapporteurs de ce premier chantier, de penser « une audience civile, facilitée, interactive et intelligente » (455).

Ces travaux tendant à assurer la transition numérique de la justice ne sont pas les seuls en réflexion : la Conférence internationale de La Haye a également ouvert un chantier, en 2008, achevé en 2016, par l'édition du *Guide d'utilisation des liaisons vidéos pour les audiences judiciaires et les commissions rogatoires internationales*, ce guide constituant l'annexe 6 de la Convention n° 20 du 18 mars 1970 visant à adapter ladite convention internationale à la nécessité de moderniser l'approche de la preuve.

III/ La visioconférence, ses technologies modernes et la Conférence internationale de La Haye

Dans le cadre de cette réflexion portant sur la nécessité d'adapter la Convention « Preuves » aux nouvelles technologies, le Bureau permanent de la Conférence internationale de La Haye a établi un rapport en 2009 (456) dans lequel l'utilisation de la visioconférence est reconnue comme permettant à des parties géographiquement très éloignées l'une de l'autre de communiquer instantanément et de disposer de l'image et du son en temps réel *via* un écran (457). **2187**

Ce rapport a donné suite à plusieurs réunions de travail du groupe d'experts internationaux (458), qui a édité en avril 2016 le *Guide d'utilisation des liaisons vidéo*, constituant à ce jour l'annexe VI de la Convention « Preuve » ci-dessus visée.

Ce guide indique qu'une liaison vidéo offre par conséquent la possibilité à des personnes se trouvant physiquement dans un État d'entendre un témoin situé dans un autre État.

Il est également indiqué dans le rapport de 2009 que la visioconférence offre les mêmes activités et les mêmes avantages que la présence physique à l'audience (459). En outre, la comparution par liaison vidéo offre une alternative utile et économique à la présence physique, épargnant aux parties les coûts et difficultés engendrés par des déplacements à l'étranger (460).

Le rapport conclut qu'un État qui dispose des installations nécessaires à la visioconférence dans ses salles d'audience est tenu, en vertu de la convention, d'exécuter une commission rogatoire visant à obtenir des preuves par liaison vidéo, sous réserve des disponibilités des équipements de liaison vidéo et sous réserve de la compatibilité des technologies utilisées par l'État requis et l'État requérant (461).

Le *Guide d'utilisation des liaisons vidéo* énonce dans son introduction, en reprenant les avantages de l'emploi de ces nouvelles technologies, qu'« en abolissant la distance entre le tribunal, les parties, leurs représentants et le témoin, les liaisons vidéo permettent de réduire

(453) www.justice.gouv.fr/publication/chantiers_justice/Chantiers_justice_Livret_01.pdf
(454) J.-F. Beynet et D. Casas.
(455) Rapport en ligne, préc., p. 18, 4.
(456) Rapport « L'obtention des preuves par liaison vidéo en vertu de la Convention "Preuves" de La Haye » (https://assets.hcch.net/docs/3c98fad0-067a-4171-980e-11d824fd3f6e.pdf, consulté le 1er nov. 2018).
(457) Rapport *op. cit.*, p. 3, § 2.
(458) La dernière réunion de ce groupe d'experts s'est déroulée du 2 au 4 décembre 2015.
(459) Rapport *op. cit.*, p. 4, § 10.
(460) Rapport *op. cit.*, § 15.
(461) Rapport *op. cit.*, p. 7, n° 30.

les délais, les frais, les dérangements, l'incapacité de se rendre au tribunal et l'impact environnemental des déplacements et donc d'améliorer l'efficacité des procédures judiciaires ».

IV/ Le notaire et la réception dématérialisée

2188 La volonté de développer la visioconférence, au cœur de laquelle se loge l'interactivité de la cérémonie de signature, est déjà inscrite pour le notariat.

Le 16 janvier 2018, en assemblée générale (V. *supra* , n° 2082), conformément à la consolidation d'une République numérique dans laquelle est ancrée son institution, le Conseil supérieur du notariat a adopté une résolution tendant à développer la réception des actes authentiques électroniques à distance, dont les limites administratives des frontières ne constitueront plus de difficultés matérielles et techniques (462).

La réception et la signature de l'acte authentique par écrans interposés, dans la mesure où les protocoles de sécurisation des données et des flux seront respectés (463), pourront s'appliquer au-delà des frontières, dans un strict respect de la souveraineté nationale des États. Le respect de la souveraineté nationale des États est d'ailleurs une question essentielle intégrée dans l'objet des recherches et développements de la Mission Droit et Justice sur les travaux du « cybernotaire au cœur de la République numérique » (464).

Cette dématérialisation, en abolissant la distance entre les parties, leurs représentants et le notaire, permet de réduire en outre les délais, les frais, les dérangements, ainsi que l'impact environnemental de l'empreinte carbone grâce aux déplacements évités.

Au point que dans le guide d'utilisation pour l'application de la Convention « Preuves », il est indiqué que : « la possibilité d'accomplir un acte d'instruction par liaison vidéo est une bonne pratique mondiale » (465).

§ II La représentation internationale d'un adulte à l'acte authentique

2189 La représentation internationale qui retiendra ici l'attention ne sera ni la représentation légale ni la représentation judiciaire, mais la représentation conventionnelle. C'est celle que

(462) Le *Guide d'utilisation des liaisons vidéo* publié par la Conférence internationale de La Haye (Annexe 6 du guide pratique dans sa 3e édition de 2016) pour l'application de la Convention n° 20 du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale, prévoit dans son introduction qu'« étant donné l'absence de frontière des réseaux de transmission, les liaisons vidéo peuvent être employée lorsque le lieu où se trouvent la partie, ses représentants ou le témoin est situé sur le même territoire que le tribunal [ou l'Office] ou à l'étranger ».

(463) La circulaire n° 2018/026 du 5 novembre 2018 de la Chambre interdépartementale des notaires de l'Ariège, de la Haute-Garonne, du Tarn et du Tarn-et-Garonne précise que : « La signature d'AAED [acte authentique électronique à distance] impose de disposer d'un dispositif de visioconférence matériel (dit « codec ») pour garantir la qualité de l'image et du son (bande passante réseau dédiée), mais aussi : – que le canal de communication de la visioconférence soit chiffré depuis le codec, sans possibilité de désactiver manuellement le chiffrement ; – qu'à aucun moment le codec ne permette d'enregistrer la séance de signature ; – que tous les codecs figurent dans un annuaire central, accessible de tous les notaires, et soient interopérables. Ces prérequis sont indispensables pour garantir le respect du secret professionnel (circulation d'images contenant l'acte et de son contenant tous les échanges entre les parties) et la neutralité de la technologie (interopérabilité) ».

(464) Lire l'entretien avec M. Baroussin, C. Dauchez et M. Pichard, *Le cybernotaire au cœur de la République numérique : JCP* N 8 juin 2018, n° 23, p. 20, act. 530.

(465) *Guide d'utilisation des liaisons vidéo*, publié par la Conférence internationale de La Haye, Annexe 6, éd. 2016, préc., Introduction, n° 4, p. 241.

le notaire est amené au quotidien à utiliser pour la signature de l'acte, lorsque l'une des parties ne peut être présente.

En effet, la procuration (autrement dénommée « mandat ») est l'acte par lequel une personne (dénommée « le mandant ») donne à une autre personne (dénommée « le mandataire »), le pouvoir de faire quelque chose pour le compte et au nom du mandant (466).

Son usage pour le notariat est quotidien, tout comme sont quotidiens les éléments d'extranéité qui feront rentrer dans le champ d'application des instruments internationaux la procuration : la nationalité étrangère d'une des parties, son domicile, ou encore le lieu d'établissement ou d'exécution du mandat.

Un paradoxe doit être souligné : l'importance du mandat et son usage quotidien pourraient donner à penser que les règles internationales de son établissement, de sa validité, de son application et de son exécution relèvent de mécanismes d'une grande simplicité et d'une grande clarté de fonctionnement.

Au fil des développements qui vont suivre, il sera démontré qu'il n'en est rien, tant le contrat de mandat est singulier.

Le contrat d'intermédiaire est singulier parce qu'il crée une relation juridique triangulaire entre : le mandant, son mandataire et le tiers.

Mais cette singularité ne se limite pas au caractère triangulaire de la relation juridique : il existe en outre deux autres spécificités qui concernent, d'une part, l'intermédiaire (que l'on nommera indifféremment « intermédiaire », « représentant », ou « mandataire »), qui se trouve être le seul contractant connu à la fois du mandant (qui sera dénommé dans ce qui suit indifféremment « mandant », « représenté » ou « constituant ») et du tiers (467) (qui sera dénommé « le tiers », ou « l'acquéreur ») ; d'autre part, le tiers, qui n'étant pas contractant au contrat de mandat, se trouve pourtant être contractant au contrat principal.

Il sera démontré, au moyen de l'analyse d'un cas concret rencontré au quotidien par chaque notaire, que rien n'est plus singulier qu'une procuration établie dans un contexte international.

L'exemple concret qui servira de fil rouge pour la démonstration dans les prochaines lignes est le suivant :

Énoncé du cas pratique, « fil rouge » des développements qui suivent : le cas « Van Morgen »:

M^e^ Dupond, notaire à Cannes, est chargé d'établir l'avant-contrat puis l'acte de vente d'une propriété située à Antibes, quartier du cap, moyennant un prix de 3,5 millions d'euros. Il s'agit d'une résidence secondaire appartenant à un ressortissant de nationalité néerlandaise.
Le vendeur, M. Cornélius Van Morgen, est un riche industriel hollandais, demeurant à Amsterdam. Accaparé par ses obligations, il n'est pas disponible pour venir signer l'avant-contrat, ni l'acte de vente. Son conseiller, M^e^ Droit, un avocat parisien, demeurant rue de la Paix, accepte de le représenter lors de la signature des actes.
L'acquéreur, M. Peter Smith, est de nationalité anglaise, et demeure à Ashford, dans le Kent (sud de Londres). Il envisage dans un premier temps de faire cette acquisition sans prêt, puis pour les

(466) H. Péroz, *La procuration en droit international privé : JCP* N 14 mai 2010, n° 19, 1193.
(467) M^me^ Lardeux considère l'intermédiaire comme le « pivot de la relation juridique triangulaire » et non pas tripartite : G. Lardeux, *La loi applicable à la représentation conventionnelle, réflexions de droit prospectif : Rev. crit. DIP* juill.-sept. 2014, 103, 3, p. 517, n° 3.

besoins de la cause, il préférera finalement solliciter un prêt, par « confort », d'un montant de 1,5 million d'euros, auprès de sa banque habituelle, la Barclay's Bank située à Londres (468). Il est demandé au notaire de préparer la procuration pour vendre et de l'adresser au mandant pour signature.

Si cette procuration, préparée en France, régularisée à l'étranger, doit respecter certaines conditions au regard des règles d'authenticité, cela ne pose aucune difficulté particulière si sa régularisation est faite dans un pays connaissant le notariat latin (V. *infra*, n° 2218). Mais dans un pays ne connaissant pas le notariat de « type latin », des difficultés à la fois techniques et juridiques apparaissent (V. *infra*, n° 2219).

Le mandat de représentation est en effet une matière où tous les notaires, sans aucune exception, appliquent les règles de droit international privé.

Bien que faisant partie à l'origine de cette catégorie de contrat appelée « petits contrats » par la doctrine (469), le mandat revêt pour la pratique notariale « une importance si considérable, d'une utilisation fréquente » (470), que certains auteurs n'hésitent plus à le qualifier de « grand, (...) ! mieux (...), de super grand » contrat (471), eu égard notamment au nombre de mandats dont l'utilisation avait doublé en l'espace de vingt ans, entre les années 1970 et 1990 (472).

Le contrat de mandat, véritable « couteau suisse »du notaire, sert de support à de nombreux instruments juridiques, pour leur conclusion ou leur exécution : tous les jours des procurations pour recueillir une succession, pour vendre, ou acheter, sont établies par tous les notaires de France ; tous les jours ces contrats spéciaux, « contrats à tout faire », sont utilisés « pour leur souplesse et leur efficacité » (473).

Pour cette raison, il est apparu naturel d'étudier ici les différents instruments internationaux qui le régissent, car ce contrat spécial, pratiqué dans un contexte international, répond à une série de règles spécifiques, issues à la fois de la Convention internationale de La Haye du 14 mars 1978 et des règlements Rome I et Rome II.

Ce sont ces règles qu'il est proposé d'analyser, de manière pratique, en commençant par la détermination de la loi applicable quant au fond du mandat **(A)**, pour aborder dans un second temps les règles de validité formelle du mandat **(B)**.

(468) L'analyse du contrat de vente et de prêt, et toutes les incidences y relatives est traitée en profondeur par la commission 4 (V. *infra*, n^{os} 4039 et s.), à laquelle il est renvoyé. Dans ce qui va suivre, seules seront retenues les questions limitées au mandat de représentation de l'acquéreur.

(469) P. Le Tourneau, *De l'évolution du mandat : D.* 1992, p. 157 et s., qui évoque la doctrine de la fin du XIX^{e}, « la litanie des contrats spéciaux », entre grands et petits contrats dont fait partie le contrat de mandat.

(470) G. Lardeux, *La loi applicable à la représentation conventionnelle : Rev. crit. DIP* juill.-sept. 2014, 103, 3, p. 514, n° 1.

(471) P. Le Tourneau, *op. cit.*, p. 2, qui considère que le contrat de mandat et celui d'entreprise sont devenus les deux « supers grands » contrats actuels.

(472) P. Le Tourneau, *Journées Savatier, L'évolution contemporaine des droits des contrats*, PUF, 1986, p. 103 et s. Il serait à ce titre très intéressant de pouvoir comparer l'évolution actuelle en terme de quantité de mandats signés pour tous les actes notariés, pour les périodes suivantes : entre 1990 et 2010, d'une part, puis entre 2010 à 2019, d'autre part.

(473) P. Le Tourneau, *op. cit.*

A/ Loi applicable au mandat quant au fond

Rappel du cas : M. Cornélius Van Morgen, domicilié à Amsterdam, demande à Me Dupond l'établissement d'une procuration à l'effet d'être représenté par son « homme d'affaires », avocat, Me Droit, demeurant à Paris, pour vendre à M. Smith, domicilié à Ashford, un bien situé au cap d'Antibes. **2190**

Il convient, dans un premier temps, de rechercher la loi applicable au mandat, quant au fond, dans le rapport de droit liant le mandant (M. Van Morgen) et son mandataire (Me Droit) **(I)**, avant de rechercher la loi applicable dans le rapport de droit résultant du contrat avec le tiers (M. Smith) **(II)**. Une fois ces développements posés, il conviendra alors de se pencher sur l'articulation existant entre les différents instruments internationaux gouvernant la matière **(III)**.

I/ Quant au rapport de droit entre mandant et mandataire

La première difficulté qui apparaît est de nature conflictuelle, se situant au niveau des sources de droit. **2191**

En effet, la matière du contrat de mandat est régie à la fois par la Convention internationale de La Haye nº 27 du 14 mars 1978 et par le règlement Rome I, pour ce qui concerne les obligations contractuelles, ainsi qu'il va être dit dans ce qui suit.

a) Application de la Convention de La Haye nº 27 du 14 mars 1978

i - Détermination de son champ d'application

Le contrat de mandat est d'abord régi par la Convention internationale de La Haye nº 27 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la représentation du 14 mars 1978, entrée en vigueur en France au 1er mai 1992 (474). **2192**

Le chapitre premier de la convention prévoit dans son article 1 (475) qu'elle ne s'applique qu'aux mandats relevant de situations exclusivement « internationales », que le mandataire, appelé intermédiaire, agisse à titre habituel ou occasionnel (476).

L'article 2 prévoit que la convention ne s'applique pas : à la capacité des parties, la forme des actes, la représentation légale dans le droit de la famille, des régimes matrimoniaux et des successions, ni à une représentation liée à une procédure de caractère judiciaire.

L'article 3 exclut également du champ d'application de la convention : les mandataires sociaux, qui représentent l'entité (société, association...) en vertu des pouvoirs conférés par la loi ou les actes constitutifs de l'entité légale ; et le *trustee*, qui n'est pas considéré comme un intermédiaire agissant pour le compte du *trust*, du constituant, ou du bénéficiaire.

Comme la plupart des conventions internationales de La Haye, l'article 4 de la convention lui reconnaît un caractère universel, de sorte que même si la loi désignée est celle d'un État non contractant, celle-ci doit s'appliquer.

(474) Cette convention portant le nº 27 a été signée le même jour que la Convention internationale de La Haye nº 25 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux et est entrée en vigueur le 1er mai 1992 en France tandis que la Convention sur les régimes matrimoniaux est entrée en vigueur le 1er septembre 1992.

(475) Conv. La Haye nº 27, art. 1, 1er al. : « La présente Convention détermine la loi applicable aux relations à caractère international se formant lorsqu'une personne, l'intermédiaire, a le pouvoir d'agir, agit ou prétend agir avec un tiers pour le compte d'une autre personne, le représenté ».

(476) Conv. La Haye nº 27, art. 1, dernier al. : « La convention s'applique, que l'intermédiaire agisse en son propre nom ou au nom du représenté et que son activité soit habituelle ou occasionnelle ».

Par ailleurs, la convention régit également le cas de l'intermédiaire qui a le pouvoir d'agir, mais qui n'agit pas ou qui agit sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs (477).

Une dernière observation avant de conclure en reprenant notre cas pratique : la convention internationale ne désigne comme loi que la loi substantielle de l'État, de sorte que le renvoi n'est pas admis (art. 5). Autrement dit, la loi désignée est directement celle matérielle de l'État, dont les règles de droit international privé ne trouvent pas matière à s'appliquer en l'espèce.

En pratique, dans le cas « Van Morgen »

Il résulte de ce qui précède que la procuration préparée à Cannes par Me Dupond, rédigée en langue française (478), régularisée et signée par M. Van Morgen à Amsterdam où il réside, et en vertu de laquelle ce dernier nomme, à titre occasionnel, pour son mandataire, Me Droit, installé professionnellement et personnellement à Paris, rentre bien dans le champ d'application de la convention.
Après l'analyse du champ d'application, et vérification faite que la procuration se trouve bien régie par la convention, il est proposé de passer à l'analyse de la loi applicable.

ii - Désignation de la loi applicable

2193 La convention internationale laisse la primauté à l'autonomie de la volonté, de sorte que les parties au mandat choisissent la loi interne applicable à leur relation. Dans l'hypothèse où les parties n'ont pas expressément désigné la loi applicable à leur relation, ce qui est généralement le cas, en pratique, l'article 5 prévoit que la désignation résulte avec une certitude raisonnable des dispositions du contrat et des circonstances de la cause (479).

Si les parties n'ont pas choisi la loi applicable à leur relation résultant du mandat de représentation, l'article 6 prévoit que la loi applicable est la loi interne de l'État dans lequel, au moment de la formation du rapport de représentation, l'intermédiaire a son établissement professionnel, ou à défaut, sa résidence habituelle (480).

Application au cas pratique « Van Morgen »

Dans le cas sous examen, Me Dupond, qui n'a pas été sollicité par les parties, n'a pas prévu de désignation expresse de la loi applicable au mandat par M. Van Morgen au profit de Me Droit (481). En conséquence, l'article 6 trouve matière à s'appliquer : la loi française régit de ce fait les rapports entre représenté et intermédiaire, dans la mesure où Me Droit, avocat, est domicilié à Paris, d'une part, où il y exerce son activité d'avocat, d'autre part.

(477) Conv. La Haye no 27, art. 15 : « La loi applicable en vertu du présent chapitre [chapitre III] régit également les relations entre l'intermédiaire et le tiers dérivant du fait que l'intermédiaire a agi dans l'exercice de ses pouvoirs, au-delà de ses pouvoirs ou sans pouvoirs ».

(478) Pour l'usage de la langue française dans les actes et les annexes, V. *supra*, nos 2103 et s.

(479) Conv. La Haye no 27, art. 5 : « La loi interne choisie par les parties régit le rapport de représentation entre le représenté et l'intermédiaire. Le choix de cette loi doit être exprès ou résulte avec une certitude raisonnable des dispositions du contrat et des circonstances de la cause ».

(480) Conv. La Haye no 27, art. 6 : « Dans la mesure où elle n'a pas été choisie dans les conditions prévues à l'article 5, la loi applicable est la loi interne de l'État dans lequel, au moment de la formation du rapport de représentation, l'intermédiaire a son établissement professionnel, ou à défaut, sa résidence habituelle. Toutefois, la loi interne de l'État dans lequel l'intermédiaire doit exercer à titre principal son activité est applicable, si le représenté a son établissement professionnel ou, à défaut, sa résidence habituelle dans cet État ».

(481) Il aurait pu en effet prévoir une clause de désignation de loi en vertu de l'article 5 de la convention, mais ce n'est en pratique pas fréquent, pour deux raisons : d'une part, le notaire n'a pas forcément – encore – le réflexe automatique de faire stipuler une désignation de loi dans ses actes (ou les pièces annexes qu'il est appelé à préparer et rédiger à la demande des clients) et, d'autre part, les clients ne le lui demandent pas.

Une observation ici peut être faite concernant l'expression « certitude raisonnable des dispositions du contrat et des circonstances de la cause » indiquée à l'article 5, 2e alinéa : en effet, si la détermination de la loi est laissée au libre choix des parties, l'article 5 prévoit qu'à défaut, la loi est celle avec laquelle le contrat présente les liens les plus étroits. Or en l'espèce, la procuration étant rédigée en langue française, pour réaliser un acte de vente par un notaire français, concernant un bien immobilier situé en France, il semble possible de se prévaloir des dispositions de l'article 5 *in fine*.
Il résulte de ce qui précède que le mandat de représentation sera en tout état de cause soumis à la loi française, soit par application des dispositions de l'article 5 *in fine* – circonstances de la cause, liens les plus étroits –, soit de l'article 6 de la convention – établissement ou domicile de l'intermédiaire.
Au regard de ces variantes possibles, un auteur a fait part de ses craintes : « Il faut souhaiter qu'une interprétation trop souple de cette formule déjà peu ferme [certitude raisonnable des dispositions du contrat et des circonstances de la cause] ne vienne pas ôter toute portée pratique au rattachement subsidiaire prévu à l'article 6 » (482).

La Convention internationale de La Haye n° 27 n'est pas le seul instrument régissant le rapport de droit entre représenté et intermédiaire : depuis le 17 décembre 2009, est entré en application le règlement Rome I.

b) Application du règlement dit « Rome I »

2194 À titre liminaire, il est ici rappelé que les développements qui suivent n'ont aucunement la prétention d'analyser le règlement n° 593/2008 du Parlement et du Conseil de l'Europe du 17 juin 2008, étudié de manière approfondie par la quatrième commission dans le cadre du contrat de vente internationale (V. *infra*, n° 4040).

Les propos sont limités à la seule mise en lumière des incidences du règlement Rome I dans les relations entre représenté et intermédiaire, puisque le contrat de mandat se trouve également soumis audit règlement qui détermine la loi applicable aux obligations contractuelles.

i - Champ d'application de Rome I aux contrats d'intermédiaire et à la représentation

2195 Comme il est de tradition dans les instruments européens, le chapitre 1 du règlement définit son champ d'application, et son article 1-1 en définit le périmètre : le règlement s'applique dans des situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles relevant de la matière civile et commerciale.

Par ailleurs, l'article 1-2 exclut de nombreuses matières (l'état et la capacité, les relations découlant des relations de famille, des régimes matrimoniaux, des successions, comme la Convention internationale n° 27 ; V. *supra*, n° 2192), dont une particulière qui retient ici l'attention : il s'agit des dispositions du paragraphe g) qui prévoit l'exclusion des conséquences de l'engagement par le représentant envers les tiers de la personne pour le compte de laquelle il prétend agir.

Il doit être conclu de cette exclusion de Rome I aux relations avec les tiers, qu'« *a contrario*, les relations entre le représenté et l'intermédiaire relèvent du règlement de Rome I » (483).

(482) P. Lagarde, *op. cit.*, p. 36, n° 5.
(483) H. Péroz et E. Fongaro, *Droit international privé patrimonial de la famille*, LexisNexis, coll. « Pratique notariale », 2e éd. 2017, p. 55, n° 111.

De plus, à l'instar de la Convention internationale de La Haye n° 27 (V. *supra*, n° 2192), le règlement prévoit dans son article 2 un caractère universel, de sorte que la loi désignée par le règlement est applicable même si ce n'est pas la loi d'un État membre.

Enfin, avant de conclure en reprenant le cas pratique servant de fil rouge, l'article 20 du règlement exclut le renvoi, car la loi désignée s'entend de la loi interne, celle définissant les règles de droit matériel en vigueur, « à l'exclusion des règles de droit international privé ».

En pratique, dans le cas « Van Morgen »

Il résulte de ce qui précède que la procuration préparée à Cannes par M^e^ Dupond, rédigée en langue française (484) et régularisée à Amsterdam, en vertu de laquelle M. Van Morgen constitue pour mandataire, à titre occasionnel, M^e^ Droit, rentre bien dans le champ d'application du règlement Rome I, s'agissant d'obligations contractuelles en matière civile souscrites directement entre représenté et intermédiaire, étant précisé que les engagements pris par M^e^ Droit à l'égard de M. Smith sont exclus du champ d'application du règlement.

Après l'analyse du champ d'application, et vérification faite que la procuration se trouve bien régie par Rome I pour les relations entre le mandant, M. Van Morgen, et l'intermédiaire, M^e^ Droit, il est proposé de passer à l'analyse de la loi applicable.

ii - Désignation de la loi applicable

2196 À l'instar de la Convention internationale sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la représentation, le règlement Rome I laisse la primauté à l'autonomie de la volonté, en vertu de l'article 3-1 (485).

Il revient aux parties au mandat de choisir la loi interne applicable à leur relation. Dans l'hypothèse où les parties ne l'ont pas fait, ce qui est généralement le cas en pratique, l'article 3-1 prévoit que la désignation résulte alors de façon certaine des dispositions du contrat et des circonstances de la cause.

Par ailleurs, il résulte de l'article 4-2 du règlement que la loi applicable, à défaut de choix exprès des parties, est celle du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle.

Application au cas « Van Morgen » sous examen

Comme il n'a pas été prévu de désignation expresse de la loi applicable au mandat, il y a lieu de faire application de l'article 3-1 *in fine*, en vertu duquel la loi française est applicable pour régir les rapports entre représenté et intermédiaire : en effet, les dispositions du contrat et les circonstances de la cause sont les suivantes : la procuration est rédigée en langue française ; les effets de la procuration établie à Amsterdam vont se produire en France ; l'acte de vente est reçu par un notaire français ; l'acte de vente a pour objet un bien immobilier situé en France ; enfin, M^e^ Droit est domicilié à Paris, où il exerce son activité d'avocat.
Il est ici fait observer que le mandat de représentation sera en tout état de cause soumis à la loi française, soit par application des dispositions de l'article 3-1 – façon certaine, circonstances de la cause –, soit de celles de l'article 4-2 du règlement – résidence habituelle de l'intermédiaire qui fournit la prestation caractéristique.

(484) Pour l'usage de la langue française dans les actes et les annexes, V. *supra*, n^os^ 2103 et s.
(485) Règl. (CE) n° 593/2008, art. 3-1 : « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat ».

Il résulte de ce qui précède qu'un conflit de sources existe entre la Convention internationale de La Haye du 14 mars 1978 et le règlement Rome I du 17 juin 2009, en matière de mandat de représentation pour le rapport de droit entre mandant et mandataire.

Les auteurs relativisent cette concurrence, du fait que les solutions envisagées sont identiques dans les deux instruments (486).

À retenir : l'efficacité d'une clause de désignation de loi

Afin de contourner cette difficulté, il doit être proposé aux parties d'inclure expressément dans le mandat une clause de désignation de loi, ainsi qu'il sera rappelé plus loin.
Cette désignation de loi assurera aux relations entre représenté et intermédiaire une meilleure sécurité juridique, la compétence concurrente constatée entre les deux instruments pouvant s'avérer être source de confusion.
Cette désignation s'imposera au juge qui aurait à connaître d'un litige.
Cette désignation sera surtout opposable au tiers, qui est directement concerné par l'exécution du mandat, sans pour autant être partie à ce contrat.

À ce titre, un dernier point reste à approfondir, celui justement concernant le rapport de droit résultant du contrat de représentation à l'égard du tiers.

II/ Quant au rapport de droit avec le tiers

2197 Comme il a été indiqué plus haut (V. *supra*, n° 2189), le contrat de mandat est singulier en ce qu'il crée une relation juridique triangulaire : le mandant, son mandataire et le tiers, même si ce dernier n'est pas contractant.

Pour cette raison, l'analyse juridique se répartit selon que les engagements souscrits résultent :
- soit directement des obligations de nature contractuelle, pour ce qui concerne les relations « représenté-représentant »;
- soit des obligations de nature extracontractuelle, pour ce qui concerne les relations avec le tiers.

Le rapport de droit avec le tiers rencontre lui aussi un conflit de sources de droit : il rentre à la fois dans le champ d'application de la Convention internationale n° 27 et dans celui de Rome II.

a) Application de la Convention de La Haye n° 27 du 14 mars 1978

2198 Le chapitre III de la Convention n° 27 est entièrement consacré aux relations avec le tiers. Lorsque son article 11 érige deux principes, le principe d'établissement de l'intermédiaire et le principe d'exécution du contrat d'intermédiaire **(ii)**, son article 14 prévoit, au regard du principe fondamental de l'autonomie de la volonté, la possibilité pour les parties de désigner la loi applicable à leur relation juridique **(i)**. C'est ce qu'il est proposé d'aborder maintenant dans ce qui suit.

(486) Dans leur ouvrage préc. (p. 56, n° 114), H. Péroz et E. Fongaro écrivent : « Cette concurrence importe peu en pratique, car les solutions envisagées par ces deux instruments sont identiques. Elles prévoient l'application de la loi d'autonomie et, à défaut de choix par les parties, l'application de la loi de l'État de l'établissement de l'intermédiaire. La Convention et le règlement réservent même l'application des lois de police du for (Conv. La Haye, art. 16 ; Règl. art. 19). Pour autant, s'il s'avère que les règles de conflit sont identiques, certaines règles se distinguent. Ainsi, par exemple, la convention de La Haye a une définition très large de la représentation qui peut être plus grande que la notion européenne de matière contractuelle ».

i - En cas de désignation de loi

2199 La convention prévoit la possibilité, entre le tiers et l'intermédiaire, de désigner la loi qui sera applicable à leur relation juridique en vertu de l'article 14 (487).

Le choix de loi ainsi exprimé évite l'application des principes de rattachement selon le lieu d'établissement ou d'agissement de l'intermédiaire, à défaut de choix, ainsi qu'il sera dit ci-après (V. *supra*, n^{os} 2200 et s.).

Toutefois, dans l'hypothèse où le tiers prend l'initiative de proposer la désignation de loi à l'intermédiaire, dans quelle mesure ce dernier peut-il expressément accepter pour le compte de la personne qu'il représente ? Le mandataire ne doit-il pas être autorisé par le mandant pour accepter la désignation de loi proposée par le tiers ?

La rédaction de l'article 14 le laisse à penser, par l'utilisation qui est faite du terme « par » l'autre partie, et non « par ou pour le compte » de cette partie.

Cette interprétation protège le représenté du risque de se retrouver lié par l'application d'une loi qu'il ne pouvait pas prévoir lors de la conclusion du mandat avec son mandataire (488).

À défaut de choix de loi, la convention prévoit plusieurs critères de rattachement pour désigner la loi applicable à la relation juridique existant avec le tiers, qu'il convient d'étudier.

ii - À défaut de choix de loi

2200 Si les parties ne conviennent pas de choisir expressément une loi applicable à leur rapport de droit, la convention organise les modalités de rattachement de la loi applicable autour de deux principes : le principe du lieu d'établissement de l'intermédiaire, d'une part, et celui du lieu d'exécution (ou d'action) du mandat par l'intermédiaire, d'autre part.

1 - Principe du lieu d'établissement

2201 Le rapport de droit entre le mandant et le tiers, ainsi que l'existence et l'étendue des pouvoirs du représentant et les effets de ses actes, sont régis par la loi interne de l'État dans lequel le représentant avait son établissement professionnel au moment où il a agi (489).

Le rattachement au lieu d'établissement du représentant permet de prendre en considération la préservation des intérêts à la fois du représenté et du tiers, lorsque le représentant agit en ignorant, ou en outrepassant ses pouvoirs de représentation.

En effet, ce critère de rattachement permet de concilier les priorités données par certaines législations qui sont orientées d'abord vers la protection du tiers, comme cela est par

(487) Conv. La Haye n° 27, art. 14 : « Nonobstant l'article 11, lorsque la loi applicable aux questions couvertes par ledit article a fait l'objet, de la part du représenté ou du tiers, d'une désignation écrite acceptée expressément par l'autre partie, la loi ainsi désignée est applicable à ces questions ».

(488) M.I.G.F. Karsten, *Rapport explicatif de la Convention sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation*, édité par le Bureau permanent de la Conférence, 1979, p. 429, n° 225.

(489) Conv. La Haye n° 27, art. 11, 1er al. : « Dans les rapports entre le représenté et le tiers, l'existence et l'étendue des pouvoirs de l'intermédiaire ainsi que les effets des actes de l'intermédiaire dans l'exercice réel ou prétendu de ses pouvoirs sont régis par la loi interne de l'État dans lequel l'intermédiaire avait son établissement professionnel au moment où il a agi ».

exemple le cas en droit allemand, ou en droit suisse (490), tandis qu'en droit français, la priorité est surtout donnée à la protection du représenté, lorsque le représentant agit sans pouvoirs, en abuse ou les outrepasse (491).

Définir ainsi comme critère de rattachement le lieu d'établissement de l'intermédiaire permet d'éviter de trop favoriser le représenté (492) ou le tiers (493).

Mais le critère de rattachement du lieu d'établissement cède la place à un autre critère : le critère de rattachement du lieu d'exécution, lorsque plusieurs conditions sont remplies. Il convient de les exposer.

2 - Principe du lieu d'exécution ou d'action

Le deuxième alinéa de l'article 11 de la convention prévoit de rattacher le rapport de droit entre le mandant et le tiers, ainsi que l'existence et l'étendue des pouvoirs du représentant et les effets de ses actes, à la loi interne de l'État dans lequel le représentant a agi, selon un regroupement des points de contact, qu'illustrent les conditions alternatives suivantes : **2202**

1. le représenté réside habituellement (ou est établi professionnellement) dans le même État où l'intermédiaire a agi en son nom ; ou
2. le tiers réside habituellement (ou est établi professionnellement) dans le même État où l'intermédiaire a agi ; ou
3. l'intermédiaire a agi en bourse ou pris part à une vente aux enchères ; ou
4. l'intermédiaire n'a pas d'établissement professionnel.

De ces principes découle une conséquence particulière concernant la portée des pouvoirs du représentant : lorsque l'intermédiaire ignore, abuse, ou outrepasse les pouvoirs à lui conférés par le mandat, la relation juridique liant le représenté au tiers ne peut alors se former ; l'article 15 (494) prévoit dans ce cas la possibilité pour le tiers d'exercer une voie de recours selon la loi qui régit les effets de la représentation, puisque c'est précisément cette dernière qui se trouve être à l'origine de cette situation dommageable pour le tiers (495).

Ces principes énoncés, ils doivent maintenant être concrètement appliqués au cas « Van Morgen ».

(490) G. Le Tourneau, *op. cit.*, p. 515, n° 2, qui détaille l'approche du droit allemand selon laquelle la représentation est indépendante de sa source, en prenant pour illustrer son propos les § 662 et suivants du *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) et § 164 du même code, séparant la représentation à l'égard des tiers (BGB, § 164), bien distincte du mandat lui-même, classé dans les contrats spéciaux (BGB, § 662).

(491) C. civ., art. 1998 : « Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné. Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement » ; V. égal., issus de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, C. civ., art. 1153 : « Le représentant légal, judiciaire ou conventionnel n'est fondé à agir que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés », et C. civ., art. 1154 : « Lorsque le représentant agit dans la limite de ses pouvoirs au nom et pour le compte du représenté, celui-ci est seul tenu de l'engagement ainsi contracté. Lorsque le représentant déclare agir pour le compte d'autrui mais contracte en son propre nom, il est seul engagé à l'égard du contractant ».

(492) Ce qui aurait été le cas si le rattachement avait été la loi des relations internes entre représenté et représentant : V. P. Lagarde, *op. cit.*, p. 40, n° 11.

(493) Ce qui aurait été le cas si le rattachement avait été la loi du contrat principal : cf. P. Lagarde, *op. cit.* note précédente.

(494) Conv. La Haye n° 27, art. 15 : « La loi applicable en vertu du présent chapitre régit également les relations entre l'intermédiaire et le tiers dérivant du fait que l'intermédiaire a agi dans l'exercice de ses pouvoirs, au-delà de ses pouvoirs ou sans pouvoirs ».

(495) P. Lagarde, *op. cit.*, p. 42, n° 13.

Application au cas pratique « Van Morgen »

Rappelons que le vendeur, M. Van Morgen est domicilié à Amsterdam, où il a signé la procuration au profit de son avocat qui a accepté d'être son mandataire, Me Droit, demeurant et officiant à Paris. La vente de la propriété secondaire de M. Van Morgen située au cap d'Antibes doit avoir lieu chez Me Dupond, notaire à Cannes, au profit de M. Smith, demeurant à Ahsford en Angleterre.

Cependant, pour les besoins de l'espèce, il convient ici d'ajouter au cas initial l'indication suivante :

Cette maison est entièrement meublée, et notamment figurent parmi les objets décoratifs quelques tableaux accrochés aux murs, dont un particulièrement, issu de l'École hollandaise, signé d'un élève direct de Rubens, Theodoor Van Tulden.

Pensant bien faire, Me Droit, qui ne connaît pas l'École hollandaise, accède à la demande de M. Smith, et lui confirme finalement par échange de mails que la maison sera bien vendue avec ce tableau, objet décoratif comme tant d'autres, que M. Van Morgen n'aura pas le temps de récupérer de toutes les façons, puisqu'il a encore une fois délégué à son mandataire le soin de débarrasser la maison pour la vente.

Naturellement, Me Droit confirme que le prix de vente ne change pas, ignorant totalement la valeur de ce tableau, pensant ainsi que seront évitées des formalités complémentaires tant au notaire qu'à son mandant qu'il n'a pas encore tenu informé de ces échanges mineurs.

Rendant compte par téléphone quelques jours avant la signature de la vente à M. Van Morgen, Me Droit réalise son erreur et finalement refuse la vente de la maison garnie du tableau, contrairement à ce qu'il s'était engagé de faire vis-à-vis de M. Smith. Ce dernier, qui compte sur l'effet obligatoire de l'accord conclu de bonne foi avec Me Droit, n'entend pas laisser les choses en l'état, estimant avoir subi un préjudice.

À quelle loi sera soumise la difficulté : la loi anglaise, néerlandaise ou française ?

Pour déterminer la loi applicable dans les rapports entre le vendeur (M. Van Morgen) et l'acquéreur (M. Smith), il convient de définir lequel des critères de rattachement indiqués ci-dessus est applicable au mandat donné par M. Van Morgen à son mandataire, Me Droit.

En vertu de l'article 11-1, la relation juridique entre vendeur (M. Van Morgen) et acquéreur (M. Smith), ainsi que l'existence et l'étendue des pouvoirs de l'intermédiaire (Me Droit) et les effets de ses actes, sont régis par la loi interne de l'État dans lequel l'intermédiaire est établi au moment où il agit, soit en l'espèce, la France.

Par conséquent, en vertu de l'article 11-1 de la convention, les relations entre M. Van Morgen et M. Smith se trouvent soumises à la loi matérielle française, loi d'établissement de l'intermédiaire. Sont également soumises à la loi française les conditions d'existence, d'exercice, et les conséquences pouvant découler d'un abus par Me Droit des pouvoirs à lui conférés par M. Van Morgen.

Cependant, Me Droit, avocat de métier, qui a accepté à titre occasionnel de représenter son client, M. Van Morgen, dans le cadre de cette vente (qui représente un caractère privé pour ce dernier, le bien vendu constituant sa résidence secondaire), ne semble pas être un professionnel de l'entremise à caractère commercial. C'est pourquoi la question peut se poser de savoir si l'article 11-2 serait applicable plutôt que l'article 11-1.

L'article 11-2 d) désigne en effet comme loi applicable celle de l'État dans lequel l'intermédiaire a agi, si l'intermédiaire n'a pas d'établissement professionnel, cette expression devant être entendue comme un établissement dans lequel siège l'intermédiaire, prestataire de services en qualité de professionnel de l'entremise.

Si Me Droit, avocat de métier, n'est pas considéré comme professionnel de la représentation commerciale (ou civile), la loi applicable à la relation entre M. Van Morgen et M. Smith est celle de l'État dans lequel Me Droit a agi pour le compte de M. Van Morgen, soit en l'occurrence la France.

Il résulte de ce qui précède que quelle que soit la loi applicable, la loi d'établissement de l'intermédiaire (art. 11-1), ou la loi des agissements de l'intermédiaire (art. 11-2), en l'espèce il y a identité de solutions, puisque la loi applicable est la loi française.

La Convention internationale de La Haye régit les relations entre le mandant et le tiers, selon la loi d'établissement ou d'agissement de l'intermédiaire. **2203**

La convention connaît toutes les situations possibles, que l'intermédiaire agisse dans le cadre de son mandat, comme en dehors, selon l'article 15 de la convention.

Mais si le mandataire ignore, abuse ou outrepasse ses pouvoirs, la relation avec le tiers peut également entrer dans le champ d'application d'un autre instrument, européen celui-là : le règlement Rome II, ainsi qu'il va être dit dans ce qui suit.

b) Application du règlement Rome II

Le règlement n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (dit règlement « Rome II ») peut avoir à s'appliquer, en cas d'abus de droit ou de préjudice causé par l'intermédiaire au tiers, ces éléments relevant de la matière délictuelle à plusieurs titres. **2204**

D'abord, parce que le concept d'obligation non contractuelle est une notion autonome au droit de l'Union (496). Ensuite, selon le considérant 12, parce que le règlement s'applique également à la responsabilité délictuelle.

Pour ces raisons, il est apparu utile d'analyser la relation juridique résultant du contrat de représentation avec le tiers en contemplation du règlement Rome II, en commençant par la détermination de son champ d'application.

i - Champ d'application du règlement Rome II

Construit selon la même architecture que Rome I (V. *supra*, n° 2195), le chapitre 1 de Rome II définit son champ d'application, et son article 1-1 en délimite le périmètre : le règlement s'applique dans des situations comportant un conflit de lois ainsi qu'aux obligations non contractuelles relevant de la matière civile et commerciale. **2205**

Par ailleurs, l'article 1-2 exclut de nombreuses matières telles que les obligations non contractuelles découlant des relations de famille, des régimes matrimoniaux, patrimoniaux, des successions, du droit des sociétés, des *trusts*, auxquelles s'ajoutent les obligations non contractuelles nées des lettres de change, de chèques, ou encore des dommages nucléaires...

En tout état de cause, parmi toutes les exclusions visées, ne figure pas la responsabilité du représentant en cas d'abus de pouvoirs. Il en résulte que le règlement Rome II s'applique en cas d'abus de pouvoirs portant préjudice au tiers par le représentant (497).

De plus, comme la Convention internationale de La Haye n° 27 (V. *supra*, n° 2192), le règlement prévoit dans son article 3 un caractère universel, de sorte que la loi désignée est applicable, même si ce n'est pas la loi d'un État membre.

Enfin, avant de conclure en reprenant le cas pratique servant de fil rouge, l'article 24 du règlement exclut le renvoi, car la loi désignée s'entend de la loi interne, celle définissant les règles de droit matériel en vigueur, « à l'exclusion des règles de droit international privé » (498).

(496) Règl. Rome II, consid. 11.

(497) H. Péroz et E. Fongaro, *Droit international privé patrimonial de la famille*, LexisNexis, coll. « Pratique notariale », 2e éd. 2017, p. 57, n° 123.

(498) La portée universelle ainsi que l'absence du renvoi sont identiques dans les deux instruments (Conv. La Haye n° 27 et Rome II) régissant la matière.

En pratique, dans le cas « Van Morgen »

En reprenant à l'identique le cas « Van Morgen » selon les dernières indications portées ci-dessus (V. *supra*, n° 2202), il résulte de ce qui précède que la procuration préparée et rédigée en langue française (499), régularisée à Amsterdam par le mandant y demeurant, qui donne pouvoir à Me Droit de vendre exclusivement à M. Smith, demeurant à Ashford, la maison située au cap d'Antibes, alors que Me Droit a accédé à la demande de l'acquéreur – bien qu'il n'en avait pas le pouvoir – de vendre la maison garnie du tableau de maître, rentre bien dans le champ d'application de Rome II, puisque les obligations relatives au tableau, de nature civile, souscrites par le mandataire à l'égard du tiers sont bien de nature non contractuelle.

Après l'analyse du champ d'application, et vérification faite que la relation juridique dans le cadre du mandat de représentation à l'égard de M. Smith entre bien dans le champ d'application de Rome II, il est proposé de passer à l'analyse de la loi applicable.

ii - Désignation de la loi applicable

2206 À l'instar de la Convention de La Haye n° 27, le règlement Rome II prévoit deux possibilités : la première, selon laquelle les parties désignent la loi applicable, dans le respect du principe essentiel de l'autonomie de la volonté, en vertu de l'article 14 (§ 1). La seconde, à défaut de choix exprimé par les parties, repose sur l'application d'un critère de rattachement objectif, en vertu de l'article 4 (§ 2). C'est dans cet ordre qu'il est proposé de poursuivre les développements.

2207 – En cas de choix de loi. – L'article 14 du règlement Rome II prévoit la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable à l'obligation non contractuelle. En matière civile, cet accord de choix de loi doit être postérieur à la survenance du fait générateur du dommage.

En matière commerciale, il peut être antérieur ou postérieur à l'événement, pourvu qu'il ait été librement négocié.

À la différence de l'article 14 de la Convention de La Haye n° 27 qui ne prévoit qu'un choix exprès, le choix de l'article 14 de Rome II peut être soit exprès, soit tacite (500).

À défaut de choix de loi, le règlement prévoit un seul critère de rattachement pour désigner la loi applicable, ce qui constitue une importante différence par rapport à la Convention internationale n° 27 de La Haye. C'est ce qu'il convient maintenant d'aborder.

2208 – À défaut de choix de loi par les parties. – À défaut de choix exprimé par les parties, Rome II prévoit dans son article 4 une règle générale de détermination du critère de rattachement en matière de fait dommageable. Cette règle générale repose sur un principe de rattachement qui connaît deux exceptions.

1 - Le principe de base : la loi du pays où survient le dommage

2209 En vertu de l'article 4-1 du règlement Rome II : « Sauf disposition contraire du présent règlement, la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels les conséquences indirectes de ce fait surviennent ».

(499) Pour l'usage de la langue française dans les actes et les annexes V. *supra*, nos 2103 et s.

(500) Règl. Rome II, art. 14-1 *in fine* : « Ce choix est exprès ou résulte de façon certaine des circonstances et ne porte pas préjudice aux droits des tiers ».

Le principe ainsi érigé est à la fois d'une grande simplicité et d'une grande clarté : la loi applicable est celle du pays où survient le fait dommageable qui va engager la responsabilité délictuelle à l'égard du tiers.

Ce principe s'applique, même en cas de délits complexes (501).

Par contre, il ne s'applique pas aux mandats apparents, que cette catégorie de mandat relève des contrats ou des quasi-contrats, selon la position des auteurs (502).

2 - Les exceptions

2210 En vertu de l'article 4-2 du règlement Rome II : « Toutefois, lorsque la personne dont la responsabilité est invoquée et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la survenance du dommage, la loi de ce pays s'applique ».

À partir du moment où une coïncidence est constatée entre les résidences habituelles du responsable du dommage et de la victime, alors c'est la loi du pays où ils résident qui s'applique.

En outre, et en vertu de l'article 4-3 du règlement : « S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique. Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question ».

Ces principe et exceptions étant énoncés, lequel d'entre eux est applicable au cas « Van Morgen »?

Application au cas « Van Morgen »

Le mandat liant M. Van Morgen à Me Droit ne prévoit aucun choix de loi.
Dans la mesure où aucun choix de loi n'est fait pour désigner la loi applicable à la responsabilité délictuelle encourue du fait de l'engagement souscrit par Me Droit vis-à-vis de M. Smith concernant le tableau du peintre Van Tulden, l'article 14 de Rome II ne peut s'appliquer.
En conséquence, l'un des critères de rattachement énoncés à l'article 4 doit s'appliquer à l'espèce. L'analyse de la situation peut être la suivante :
L'ensemble des circonstances de l'espèce ne paraît pas présenter de liens manifestement plus étroits que soit la France (où réside et agit l'intermédiaire), soit le Royaume-Uni (où est domicilié le tiers). En conséquence l'article 4-3 de Rome II ne s'applique pas au cas pratique.
Dans la mesure où l'intermédiaire et le tiers ne résident pas dans le même pays, l'article 4-2 de Rome II ne peut trouver matière à s'appliquer.
En conséquence, si aucune des exceptions prévues par le règlement ne peut s'appliquer, les obligations non contractuelles liant Me Droit à M. Smith seront soumises à la loi française, loi du pays où survient le dommage, même si en l'espèce le préjudice que considère avoir subi M. Smith est de nature psychologique et (ou) financier et qu'il n'est pas localisable dans l'espace (503).

Une dernière précision doit être portée avant de conclure : il s'agit de définir les relations que peut entretenir la convention internationale avec Rome I et Rome II.

(501) H. Péroz et E. Fongaro, *Droit international privé patrimonial de la famille*, LexisNexis, coll. « Pratique notariale », 2e éd. 2017, p. 60, no 134.
(502) H. Péroz et E. Fongaro, *op. cit.*, p. 60, no 136.
(503) P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, LGDJ, coll. « Domat », 11e éd. 2014, p. 505-506, no 714.

III/ Quant à l'articulation des instruments internationaux entre eux

a) Entre la convention de La Haye et Rome I

2211 Selon l'article 22 de la Convention internationale n° 27 du 14 mars 1978 : « La Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auprès desquels un État contractant est ou sera Partie et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention ».

Par ailleurs, l'article 25-1 de Rome I énonce que : « Le présent règlement n'affecte pas l'application des conventions internationales auxquelles un ou plusieurs États membres sont parties lors de l'adoption du présent règlement et qui règlent les conflits de loi en matière d'obligations contractuelles ».

Il en résulte que ces deux instruments prévoient la possibilité de laisser l'autre s'appliquer. Cela permet aux parties de choisir celui des deux qui sera applicable pour régir leurs relations.

Au-delà du débat doctrinal quant à savoir lequel des instruments est plus élevé dans la hiérarchie des normes, la matière étant contractuelle, elle relève par conséquent des droits disponibles (504).

b) Entre la convention de La Haye et Rome II

2212 Lorsque l'article 22 de la convention prévoit qu'elle ne déroge pas aux autres instruments ainsi qu'il vient d'être dit (V. *supra*, n° 2211), l'article 28-1 de Rome II prévoit : « Le présent règlement n'affecte pas l'application des conventions internationales auxquelles un ou plusieurs États membres sont parties lors de l'adoption du présent règlement et qui règlent les conflits de lois en matière d'obligations non contractuelles ».

En cas d'abus de pouvoir par le mandataire, les deux instruments ont alors vocation à s'appliquer, mais chacun édicte des règles de conflit différentes (V. *supra*, n^{os} 2201 et 2202 pour la convention ; et n^{os} 2209 et 2210 pour Rome II).

Ces deux instruments permettant aux parties de choisir la loi applicable à leur relation non contractuelle, d'une part, et la matière non contractuelle relevant des droits disponibles, d'autre part, les parties ont donc la possibilité de choisir celui des deux qui sera applicable pour régir leurs relations extracontractuelles (505).

Malheureusement, à défaut de choix (qui doit être postérieur à la survenance du dommage pour Rome II, alors qu'il est possible d'anticiper l'événement pour la convention), une partie de la doctrine considère que la convention doit s'appliquer et non Rome II (506).

Au-delà du débat doctrinal pouvant avoir lieu, il est du devoir du praticien d'assurer avec efficacité son instrumentation de l'acte, de sa préparation à sa conclusion.

Rien ne sera plus efficace que de suggérer aux parties, dès connaissance prise de la nécessité d'avoir à établir une procuration dans un dossier, d'exercer un choix de loi et d'insérer une clause de désignation de loi, comme il sera répété à plusieurs occasions lors de ces travaux.

Cette pratique évitera ainsi que la responsabilité du notaire ne soit recherchée quant à un possible défaut de conseil sur l'étendue des droits que la loi *lato sensu* accorde aux parties.

(504) H. Péroz et E. Fongaro, *op. cit.*, p. 55, n° 112.
(505) H. Péroz et E. Fongaro, *op. cit.*, p. 55, n° 112.
(506) H. Péroz et E. Fongaro, *op. cit.*, p. 58, n° 126.

Un réflexe à acquérir : systématiser les clauses de désignation de loi dans les procurations

À la lumière de ces nombreuses particularités qui gouvernent les relations dans la procuration à dimension internationale, il est essentiel :

1. de choisir, par l'exercice de l'autonomie de la volonté, une seule loi applicable pour l'ensemble du mandat ;
2. ce choix se fait de manière expresse ;
3. les avantages de ce choix sont les suivants :
   - la loi ainsi désignée s'imposera dans tous les rapports de droit que crée la procuration,
   - la loi ainsi désignée s'imposera au juge qui ne pourra pas le remettre en cause,
   - la loi ainsi désignée apportera une sécurité juridique certaine puisque ce choix est opposable au tiers,
   - la loi ainsi désignée permet d'assurer une parfaite prévisibilité de la loi applicable.

Au moyen du cas pratique « Van Morgen », viennent d'être détaillées les règles de fond régissant les conditions de validité et d'exécution du mandat relevant du droit international privé.

M. Van Morgen a établi une procuration pour donner pouvoir à son mandataire, Me Droit domicilié à Paris, à l'effet de vendre sa résidence secondaire située en France.

Une autre série de règles et de pratiques restent à détailler : les conditions de forme de la procuration établie et d'exécution du mandat dans un contexte international.

B/ Règles applicables quant à la forme du mandat

2213 La concurrence rencontrée dans les conditions de fond entre les instruments n'existe pas, pour les conditions de forme entre la convention et les règlements européens : l'article 2-b) de la Convention de La Haye n ° 27 exclut expressément du domaine d'application la forme des actes.

Par ailleurs, la forme de l'acte, qui est un contrat avant tout, ne relève pas non plus du règlement (CE) nº 864/2007 du 11 juillet 2007 définissant la règle de conflit pour ce qui concerne exclusivement les obligations non contractuelles.

En conséquence, le seul instrument européen applicable à la forme de la procuration est le règlement nº 593/2008 du 17 juin 2008 (dit « Rome I »).

I/ Les conditions de validité formelle des procurations

a) Selon les dispositions du règlement Rome I

2214 Les dispositions de l'article 11 de Rome I prévoient que :

« 1. Un contrat conclu entre des personnes ou leurs représentants, qui se trouvent dans le même pays au moment de sa conclusion, est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui régit le fond en vertu du présent règlement ou de la loi du pays dans lequel il a été conclu ».

« 2. Un contrat conclu entre des personnes ou leurs représentants, qui se trouvent dans des pays différents au moment de sa conclusion, est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu du présent règlement ou de la loi d'un des pays dans lequel se trouve l'une ou l'autre des parties ou son représentant au

moment de sa conclusion ou de la loi du pays dans lequel l'une ou l'autre des parties avait sa résidence habituelle à ce moment-là ».

Une difficulté survient lorsque la forme est imposée par la loi française pour assurer la validité de l'acte authentique *ad validitatem* (507).

Car même si l'article 18 du règlement renvoie à la loi applicable à la forme ou à la loi du *for* pour la charge de la preuve (508), c'est également la loi applicable à la forme qui exigera un *instrumentum* à titre de validité pour les actes solennels (509).

b) Spécificités résultant du parallélisme des formes en droit interne français

2215 Certains actes authentiques requièrent, lorsque des procurations doivent être établies, que celles-ci soient nécessairement reçues en la forme authentique (510).

Une jurisprudence ancienne souligne l'indivisibilité du mandat avec l'acte principal : « L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte passé en forme authentique. Il suit de cette disposition que le mandat donné pour hypothéquer doit être également en forme authentique, la procuration dans laquelle le débiteur exprime lui-même son consentement à l'hypothèque devant, comme le contrat lui-même présenter la garantie de l'authenticité » (511).

S'agit-il d'une question de fond ou d'une question de forme, dans la mesure où cette exigence est contraire au principe de droit international privé repris par l'adage *locus regit actum* ? La question mérite d'être posée, dans la mesure où le Code civil impose pour plusieurs matières le principe du parallélisme des formes.

Il en est ainsi, par exemple, de la procuration pour accepter une donation (512), constituer une hypothèque (513), ou encore acquérir un bien en l'état futur d'achèvement.

D'autres fois, la procuration devra contenir des mentions particulières (514).

Afin de verser au dossier en toute sécurité juridique une procuration en provenance de l'étranger, le respect des formalités exigées doit être vérifié. Car selon les pays, les mots similaires ne revêtiront pas nécessairement la même signification.

(507) H. Péroz et E. Fongaro, *Droit international privé patrimonial de la famille*, LexisNexis, coll. « Pratique notariale », 2e éd. 2017, p. 61, nº 140. – M. Revillard, *Droit international privé et européen : Pratique notariale*, Defrénois, 9e éd. 2018, p. 769, nº 1322.

(508) Règl. Rome II, art. 18 : « 1. La loi régissant l'obligation contractuelle en vertu du présent règlement s'applique dans la mesure où, en matière d'obligations contractuelles, elle établit des présomptions légales ou répartit la charge de la preuve. 2. Les actes juridiques peuvent être prouvés par tout mode de preuve admis soit par la loi du for, soit par l'une des lois visées à l'article 11, selon laquelle l'acte est valable quant à la forme, pour autant que la preuve puisse être administrée selon ce mode devant la juridiction saisie ».

(509) H. Péroz et E. Fongaro, *op. cit.*, p. 39, nº 74. – E. Fongaro, comm. ss Cass. 1re civ., 23 janv. 2001, *La loi applicable à la forme des donations entre vifs : Dr. famille* févr. 2002, nº 2, comm. 27.

(510) M. Revillard, *op. cit.*, p. 769, nº 1322.

(511) Cass. civ., 23 déc. 1885 : *DP* 1886, 1, p. 97.

(512) C. civ., art. 933 : « Si le donataire est majeur, l'acceptation doit être faite par lui, ou en son nom, par la personne fondée de sa procuration, portant pouvoir d'accepter la donation faire, ou un pouvoir général d'accepter les donations qui auraient été ou qui pourraient être faites. Cette procuration devra être passée devant notaires ; et une expédition devra en être annexée à la minute de la donation, ou à la minute de l'acceptation qui serait faite par acte séparé ».

(513) C. civ., art. 2416 : « L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte notarié ».

(514) Il en est ainsi pour une procuration à l'effet d'acquérir en France sans avoir à recourir à un prêt : la procuration aux termes de laquelle l'acquéreur donne pouvoir à son mandataire pourra apposer la mention légale selon laquelle il n'envisage pas d'avoir à recourir à un prêt pour financer son acquisition.

II/ Les formes de procurations

a) Procurations en la forme sous seing privé

2216 En matière de procurations sous seing privé (qui sont par défaut les plus utilisées lorsque la loi française ne les impose pas en la forme authentique), les pratiques au quotidien des notaires ne sont pas les mêmes selon les pays.

Ainsi le notaire italien qui est chargé de procéder à la certification de la signature du mandant sur une procuration sous seing privé pour vendre – devant produire ses effets en France – exercera un contrôle de légalité, en vérifiant entièrement le contenu de l'acte ; tandis le notaire français, chargé de certifier la signature du client portée sur la procuration sous seing privé, contrôlera seulement la correspondance entre la comparution civile portée dans la procuration et le document d'identité à lui présenté par le client (515).

Une autre différence selon les pays réside dans le fait qu'une procuration peut être passée sous seing privé en France, alors qu'elle doit obligatoirement être reçue en la forme authentique dans un autre pays.

Par exemple, alors qu'une procuration sous seing privé est suffisante pour vendre un bien immobilier en France – dans le cadre d'une vente ordinaire, en dehors d'une vente en l'état futur d'achèvement (VEFA) ou d'une vente d'immeuble à rénover (VIR) – elle doit obligatoirement être passée en la forme authentique si elle doit s'exécuter sur le territoire espagnol. Il en est de même pour une procuration donnée dans le cadre de l'acceptation d'une succession ouverte en Espagne (516).

Par ailleurs, des mentions spécifiques peuvent devoir figurer sur les procurations, selon les pays de destination.

Il en est ainsi d'une procuration établie en France pour régler une succession en Italie : reçue à l'étranger, elle sera reconnue en Italie si elle respecte la forme du pays d'origine (517), à condition que le notaire (qui a reçu la procuration authentique, ou qui a certifié la signature du mandant en cas de procuration sous seing privé) indique expressément dans le corps de la procuration les textes applicables à sa propre législation et relatifs à la forme d'une telle procuration (518).

Enfin, il convient de rester prudent quant à l'acception que les juristes peuvent avoir d'un même terme qui définit l'accomplissement du contrôle et de la certification de signature dans le cadre d'une procuration sous seing privé évoluant dans un contexte international.

Il en est ainsi de la notion de légalisation : même si cette formalité (qui fait l'objet d'une étude complète dans la troisième partie de la présente commission, V. *infra*, n° 2321) répond à une définition pourtant précise et contenue dans nombre d'instruments internationaux, dans le langage courant des juristes belges et français par exemple, cette notion ne revêt pas le même sens : le contrôle par le notaire belge de la concordance entre la signature et la personne qui l'a apposée et qu'il lui est demandé d'effectuer sera dénommé « légalisation de signature », alors que pour le notaire français ce même processus de vérification de

(515) Cf. *Vade-mecum pratique pour la coopération entre les notaires français et les notaires italiens*, document corédigé par le Conseil supérieur du notariat et le Consiglio Nazionale Del Notariato, mars 2018 (https://intra.notaires.fr/csn/jcms/t2_685556/vademecum-en-francais, mise à jour du 26 mars 2018).

(516) Association des notaires des métropoles européennes (ANME), *Guide des procurations en Europe, Convertisseur à l'usage des juristes européens*, LexisNexis, 2012. Pour vendre un bien immobilier en Espagne, p. 94 ; pour régler une succession en Espagne, p. 92.

(517) L. n° 218, 31 mai 1995, art. 60.

(518) ANME, *op. cit.*, p. 149.

l'identité entre la signature et la personne qui l'appose relèvera d'une « certification de signature » (519).

La matière des procurations sous seing privé est finalement délicate à manier, dans la mesure où le document qui circule au-delà des frontières rencontrera bien des diversités de pratique et de vocabulaire.

L'autre catégorie de procuration qu'il reste à évoquer, après la forme sous seing privé, est la procuration reçue à l'étranger en la forme authentique et devant avoir effet en France.

b) Procurations en la forme authentique

i - Rappel des définitions de l'acte authentique

2217 Ainsi qu'il a déjà été dit (V. *supra*, n° 2010), l'authenticité inhérente à l'acte notarié résulte du respect par le notaire, lors de la rédaction et la réception de son acte, d'un certain nombre d'exigences de forme et de fond. Celles-ci sont définies notamment par les dispositions du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971.

Ces conditions de solennité sont essentielles pour permettre, par l'application de la théorie de l'équivalence, de considérer une procuration établie à l'étranger comme ayant un caractère authentique.

En droit positif, il est rappelé que la définition de l'acte authentique (520) est la suivante : un acte est authentique lorsqu'il s'agit d'un acte instrumentaire, dressé, vérifié et conservé par le notaire, autorité publique. Cette définition complète celle donnée par l'article 1369 du Code civil (V. *supra*, n° 2005).

Il est également rappelé que le droit de l'Union européenne, par la jurisprudence *Unibank* ainsi que par les règlements européens (521), définit l'acte authentique comme étant dressé ou enregistré formellement en tant qu'acte authentique et dont l'authenticité porte sur la signature et le contenu de l'acte établi par une autorité publique ou toute autre autorité habilitée à ce faire.

Ces règles rappelées, il s'agit de déterminer maintenant si elles seront reconnues ou pas, selon que l'acte sera établi dans un État connaissant le notariat latin **(ii)**, ou bien dans un autre État **(iii)**.

ii - Application des règles de l'authenticité dans les pays connaissant le notariat latin

2218 Lorsque la procuration en la forme authentique provient d'un État connaissant le notariat de « type latin », il n'y aura pas de difficulté particulière à accepter le caractère authentique, l'intervention de l'officier public étranger ayant un statut équivalent au notaire français (522), malgré la diversité possible de ses fonctions selon les États dans lesquels les notaires sont nommés (V. *supra*, n° 2026).

(519) ANME, *op. cit.*, p. 198. il est à noter que ce « Convertisseur » est d'un usage précieux, pour avoir une vision fine de la matière des procurations, pour au moins sept notariats européens : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, l'Espagne, la France, l'Italie, la Suisse.

(520) Élaborée par la commission présidée par le professeur Laurent Aynès, et qui fait l'objet d'une étude dans la partie préliminaire, à laquelle le lecteur est invité à se reporter (V. *supra*, n° 2006).

(521) Pour étude de l'arrêt *Unibank* et des instruments européens donnant la définition européenne de l'acte authentique : V. *supra*, Partie préliminaire, n° 2036

(522) R. Crône, *in Mél. en l'honneur de M. Revillard, Liber amicorum*, Defrénois, 2007, p. 87, n° 32.

Dans ce cas, la procuration peut être établie devant un notaire étranger puisque les règles de l'authenticité de l'acte notarié correspondent à celles du droit français au sens du notariat latin (523).

Cette situation repose sur la théorie de l'équivalence, qui fera l'objet d'une étude dans la troisième partie (V. *infra*, n° 2401).

Bonne pratique pour une procuration authentique à l'étranger

Lorsque la procuration doit être reçue en la forme authentique dans un pays connaissant le notariat latin, il est de bonne pratique que :
- le notaire français, chargé de recevoir l'acte principal, adresse un modèle de procuration au confrère étranger (524) (ce modèle de procuration pourra être rédigé en deux langues avec une traduction à mi-marge) (525) ;
- le notaire étranger authentifie son acte sur le modèle reçu du notaire français. Cette authentification doit remplir toutes les conditions de solennité requises (authenticité de la signature de l'acte, de son contenu, par une autorité publique habilitée pour ce faire) qui ont été récemment à nouveau confirmées par la Haute Cour ;
- la procuration ainsi régularisée doit ensuite faire l'objet soit de la légalisation consulaire, soit de la formalité de l'apostille, ou bien peut être dispensée de toute formalité analogue selon les cas (526).

Par un arrêt récent du 14 avril 2016, la Cour de cassation a donné d'importantes précisions sur la notion d'authenticité qui ne se retrouve pas dans l'établissement de procurations devant des autorités locales dans des pays relevant du *Commonwealth*.

Ces précisions sont essentielles pour mieux cerner les règles d'équivalence lorsque la procuration doit être signée dans des pays de *common law* ou situés dans le nord de l'Europe.

iii - Application dans les autres pays (Commonwealth, pays scandinaves…)

2219 Lorsque la procuration doit être reçue en la forme authentique dans ces pays, les difficultés les plus importantes consistent principalement à reconnaître le caractère authentique de l'acte établi, puisque dans les pays du *Commonwealth* et ceux du nord de l'Europe (Suède, Norvège, Finlande, Danemark), le notariat latin n'est pas instauré.

Dans ces États, même établi par une autorité locale pleinement reconnue dans son pays (*notary public*, *scrivener notary* en Grande-Bretagne ou *notarius publicus* ou fonctionnaire des services fiscaux au Danemark ou en Finlande), l'acte ne remplit pas forcément tous les critères de solennité requis pour équivaloir un acte notarié.

En effet, depuis l'arrêt *Unibank* et les règlements européens donnant une définition de l'acte authentique (527), l'acte est authentique lorsqu'il a été dressé ou enregistré formellement en tant qu'acte authentique et dont l'authenticité porte à la fois sur la signature et le

(523) M. Revillard, *Droit international privé et européen : Pratique notariale*, Defrénois, 9e éd. 2018, p. 773, n° 1330.
(524) L'Union internationale du notariat latin (cf. les travaux de la commission 1, et spéc. *supra*, n° 1648) propose des modèles de procuration bilingues que le notaire français peut faire parvenir à son confrère étranger.
(525) Sur la langue utilisée pour la rédaction de l'acte : V. *supra*, n° 2111.
(526) Légalisation si aucune convention ayant pour objet sa suppression n'a été signée entre la France ; apostille si l'État d'origine a adhéré à la Convention « Apostille »; aucune formalité s'il existe une convention visant la suppression de toute formalité entre les deux États, ou encore si l'État d'origine est un État membre depuis l'entrée en application du 16 février 2019 du règlement « Documents publics » ; V. *infra*, n° 2320.
(527) Ils ont fait l'objet d'une étude dans la partie préliminaire V. *supra*, n° 2036.

contenu. De plus, l'acte doit être établi par une autorité publique ou toute autre autorité habilitée à ce faire.

La Haute Cour estime, dans un arrêt du 14 avril 2016, que la forme locale d'un mandat établi dans un pays ne connaissant pas le notariat latin est considérée comme authentique (528) si toutes les conditions de solennité sont remplies. Pour être remplies, les conditions de solennité doivent porter sur tous les éléments inhérents à l'authenticité.

L'analyse de l'espèce sera éclairante pour cerner exactement les enjeux, indépendamment des considérations attachées au débat doctrinal sur la question de savoir si ces conditions de validité relèvent des conditions de forme ou de fond du mandat (529).

Focus sur la procuration pour emprunter par un *notary public* australien devant être produite en France

L'affaire concerne la régularisation d'une procuration en Australie devant un *notary public* australien pour consentir une affectation hypothécaire en qualité de caution sur un immeuble situé en France.

Le *notary public*, qui ne parle pas le français, s'est limité seulement à recevoir la mandante, et certifier sa signature au pied de la procuration établie en langue française. Il a ensuite fait diligence pour l'accomplissement de la formalité de l'apostille.

Mais il n'a pas procédé à la lecture de l'acte ; il ne s'est pas non plus enquis de savoir si la mandante avait conscience de la pleine portée de son engagement, ni en lui lisant l'acte, ni même en l'interrogeant sur les conséquences bien comprises de l'engagement ainsi donné.

Or, parmi les critères de solennité attachés à l'acte authentique, figurent, d'une part, celui selon lequel le notaire doit attirer l'attention de ses clients sur l'importance de leurs engagements et la gravité que peuvent parfois avoir certains accords (comme celui précisément d'une affectation hypothécaire) et, d'autre part, celui précisant l'obligation qu'a le notaire de donner toutes les explications utiles qui relèvent de l'obligation de conseil, consubstantielle à l'authentification du notaire des actes qu'il reçoit (530).

La Haute Cour considère qu'en l'espèce, les conditions de solennité ne sont pas requises pour un acte authentique : la simple certification de signature même revêtue de l'apostille, diligentée par le *notary public* australien qui ne parlait pas le français et qui n'a pas pris préalablement la peine de lire l'acte au mandant, ne suffit pas à conférer l'authenticité à la procuration régularisée dans ces conditions.

Cette méthode n'est pas équivalente aux règles d'authenticité définies par le droit français, qu'un notaire français est amené à respecter lorsqu'il instrumente.

C'est en effet par le respect des règles énoncées à l'article 1369 (V. *supra*, n° 2005) que l'officier public compétent « va permettre de conférer à l'acte sa force probante, sa force exécutoire et sa date certaine. Cependant, l'octroi de l'authenticité à un acte ne saurait se réduire à l'accomplissement de solennités. Le devoir de conseil constitue un prolongement de l'authenticité, qui bien que non inscrit dans les textes régissant le notariat, participe à la mission d'authentificateur de l'officier public » (531).

(528) Cass. 1re civ., 14 avr. 2016, n° 15-18.157, FS-PB (rejet) : *JDI* janv. 2017, n° 1, étude 3, comm. E. Fongaro. – P. Callé, *Effet en France d'une procuration établie par un notary public australien : Defrénois* 7 sept. 2017, n° 17, 127u7. – M. Devisme, *Procuration reçue par un notary public australien : JCP* N 7 oct. 2016, n° 40 p. 40, n° 7.

(529) Pour une analyse fouillée entre les dispositions de l'article 4 de la Convention internationale de La Haye, selon que la validité de l'acte relève de la loi relative à la forme de l'acte ou à la loi substantielle : E. Fongaro : *JDI* janv. 2017, n° 1, étude 3, préc. ; pour une approche moins approfondie, V. égal. *supra*, nos 2213 et s.

(530) Le devoir de conseil est ainsi pleinement reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Cts Richet et Le Ber* c/ *France*, 18 nov. 2010, nos 18990/07 et 22905/07, étudiée *supra*, n° 2063.

(531) E. Fongaro, qui dans son article précité, cite lui-même J.-F. Pillebout : *JCl. Notarial Formulaire*, V° *Notariat, Mission*, nos 30 et s.

L'équivalence, permet donc, par l'application d'une règle étrangère, que des résultats équivalents soient obtenus (532).

L'équivalence repose ainsi tant sur la nature de l'acte que sur les fonctions de l'autorité qui instrumente. Quant à la nature, « il importe de s'assurer que l'autorité étrangère qui a reçu l'acte l'a bien reçu dans le cadre des missions ou de la délégation d'autorité qui lui ont été octroyées par la lex auctoris. Quant à la fonction, il convient de comparer les démarches accomplies par l'autorité étrangère avec celles qui sont requises pour établir un acte authentique par les autorités françaises » (533).

Il s'ensuit que la forme n'était pas équivalente à celle du droit français quant à la protection de la caution hypothécaire.

De ce constat découlent plusieurs conséquences liées à la qualité de l'autorité locale pouvant être considérée équivalente à celle du notaire français, qui sont étudiées plus loin dans la troisième partie consacrée à la circulation internationale de l'acte authentique (V. *infra*, n° 2383).

Section II Les personnes mineures

2220 Le statut du mineur recouvre un grand nombre de domaines. Aussi, l'ambition de cette partie sera limitée aux modalités de représentation du mineur et à la gestion de ses biens, périmètres relevant essentiellement de l'activité notariale, à la différence d'autres (comme par exemple les enlèvements internationaux, ou la protection de l'enfance, le droit de visite, la pension alimentaire, ou encore les mineurs réfugiés ou apatrides).

La présente partie n'a pas non plus l'ambition de concurrencer des ouvrages de référence comme celui de Mme Mariel Revillard (534), ou celui de Mme Hélène Péroz et M. Éric Fongaro (535), ouvrages auxquels il sera fait régulièrement référence pour le lecteur en quête d'approfondissement du thème.

À la différence des règles de protection internationale des adultes vulnérables (V. *supra*, n° 2174), l'état de minorité en droit international privé fait l'objet de plusieurs conventions internationales, tant bilatérales que multilatérales, outre un règlement européen concernant la responsabilité parentale (qui est synonyme de l'autorité parentale de l'ordre interne).

Cette concurrence de sources internationales pour les mineurs rend la tâche moins aisée qu'en matière de protection des majeurs vulnérables, où une seule convention internationale gouverne la matière (536).

Seront énumérées dans un premier paragraphe les règles de droit commun qui intègrent des éléments d'atténuation propres à la minorité, avant d'aborder les règles de droit conventionnel **(§ II)** et de droit de l'Union européenne **(§ III)**.

(532) S. Godechot-Patris, *Retour sur la notion d'équivalence au service de la coordination des systèmes : Rev. crit. DIP* 2010, p. 271 et s.

(533) E. Fongaro, art. préc. : *JDI* 2017, n° 1.

(534) M. Revillard, *Droit international privé et européen, pratique notariale*, Defrénois, 9e éd. 2018, plus spéc. Chapitre 8, p. 433, nos 765 et s.

(535) H. Péroz et E. Fongaro, *Droit international privé patrimonial de la famille*, LexisNexis, 2e éd. 2017, plus spéc. Titre 2, « La personne mineure », p. 87, nos 216 et s.

(536) La Convention n° 35 de la Conférence internationale de La Haye du 13 janvier 2000, étudiée *supra*, nos 2175 et s.

§ I Les règles de droit commun

A/ Quant à la capacité du mineur

2221 La question de la capacité, qui relève de l'état des personnes, est exclue de l'ensemble des conventions internationales ainsi que des règlements européens (537).

Selon la règle de conflit française, ainsi qu'il a été vu plus haut (V. *supra*, nos 2169 et s.), énoncée à l'article 3, alinéa 3 du Code civil, les lois françaises concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger, tel qu'interprété par la jurisprudence.

De cette règle générale, les tribunaux ont pu énoncer les principes suivants :
- la capacité du mineur à conclure un contrat de mariage relève de sa loi nationale (jurisprudence *Patino*) : pour justifier leur décision, les juges considèrent en effet que les règles habilitant un mineur à conclure un contrat constituent « une simple modalité de son incapacité générale de contracter édictée comme celle-ci dans son intérêt et ressortissant de sa loi personnelle (...) à la date du contrat » (538) ;
- la validité d'un contrat n'est pas remise en cause en cas d'ignorance excusable de la loi étrangère, désignée en tant que loi personnelle d'une des parties, par le contractant qui ne savait pas qu'il contractait avec un incapable (jurisprudence *Lizardi*) : les hauts magistrats considèrent en effet que « le Français ne peut être tenu de connaître les lois des diverses nations de leurs dispositions concernant notamment la minorité, la majorité et l'étendue des engagements qui peuvent être pris par les étrangers dans la mesure de leur capacité civile ; qu'il suffit alors, pour la validité du contrat, que le Français ait traité sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi » (539).

Ces principes issus de la jurisprudence se retrouvent dans les dispositions de l'article 1-2 a) du règlement Rome I (540) qui prévoit que : « Dans un contrat conclu entre personnes se trouvant dans un même pays, une personne physique qui serait capable selon la loi de ce pays ne peut invoquer son incapacité résultant de la loi d'un autre pays que si, au moment de la conclusion du contrat, le cocontractant a connu cette incapacité ou ne l'a ignorée qu'en raison d'une imprudence de sa part ».

Le notariat et l'erreur excusable en matière de capacité

Attention cependant, car l'erreur excusable retenue par les juges pour le cocontractant français qui ignore la loi nationale de l'autre partie ne devrait pas pouvoir être transposée dans le cadre de l'exercice par le notaire de ses fonctions de notaire instrumentaire.
En effet, ainsi qu'il a été vu dans la partie consacrée à l'état civil (V. *supra*, nos 2117 et s.) et au devoir de contrôle et d'identification incombant au notaire (V. *supra*, no 2115), ces obligationsprofessionnelles ne rendent pas compatible l'application de cette théorie afin d'exonérer le notaire de son devoir de contrôle. Le manquement à cette obligation engagerait la responsabilité civile professionnelle de l'officier public (541).

(537) H. Péroz et E. Fongaro, *op. cit.* , p. 91, no 219.
(538) Cass. 1re civ., 15 mai 1963 : *Rev. crit. DIP* 1964, 532, note P. Lagarde. – C. Brière, *L'essentiel des Grands arrêts du droit international privé*, Lextenso, coll. « Les Carrés », 2e éd., p. 95.
(539) Cass. req., 16 janv. 1861, publié au bulletin. – H. Péroz et E. Fongaro, *op. cit.*, p. 92, no 221. – C. Brière, *op. cit.*, p. 95.
(540) Le règlement (CE) no 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles a été étudié plus haut pour les mandats internationaux de représentation et d'entremise (V. *supra*, no 2194), et fait l'objet d'une étude plus approfondie par la commission 4 (V. *infra*, no 4040).
(541) H. Péroz et E. Fongaro, *op. cit.*, p. 92, no 223.

La loi applicable à la minorité ou la capacité de la personne est sa loi nationale, quels que soient la nationalité ou le lieu de résidence habituelle de son représentant (542). **2222**

La loi nationale ou de résidence du représentant n'importe aucunement en la matière : l'organisation du régime de protection ou de représentation ainsi que l'étendue des pouvoirs du représentant, en ce compris les formalités habilitantes, sont déterminées par la loi nationale du mineur incapable (543) selon les règles de droit commun.

B/ Quant à l'attribution et l'exercice de l'autorité parentale

À la différence de la filiation qui bénéficie, depuis l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, d'une section II dans le Code civil français intitulée « Du conflit des lois relatives à la filiation » (544), la loi applicable à l'autorité parentale (ou plutôt la *responsabilité parentale*, terme consacré en droit international privé pour qualifier cette question) semble être déterminée par la doctrine et la jurisprudence qui font une distinction selon que la filiation est légitime ou naturelle (545). **2223**

La loi nationale du mineur détermine en fait « les sources de l'incapacité, ainsi que les règles de protection organique du mineur » (546).

Pour autant, cette règle de droit commun est véritablement d'exception, compte tenu du fait, d'une part, que la France a d'abord signé et ratifié la Convention internationale de La Haye n° 10 du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, à portée universelle ; d'autre part que depuis le 1er mars 2005 est entré en application le règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 23 novembre 2003 au sein de l'Union européenne, et qu'enfin, depuis le 1er février 2011 est entrée en application en France la Convention internationale de La Haye n° 34 du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.

Avant d'étudier le règlement Bruxelles II *bis* **(§ III)**, les développements porteront d'abord dans le paragraphe suivant sur le droit conventionnel **(§ II)**.

§ II Les règles de droit conventionnel

Plusieurs instruments internationaux régissent la matière complexe de l'enfance et de la minorité. **2224**

Des « conventions universalistes » portent sur les droits de l'individu en général et de l'enfant en particulier (547).

(542) M. Revillard, *op. cit.*, p. 433, n° 765.
(543) Concernant les incapacités de jouissance et d'exercice, V. *supra*, n° 2166.
(544) Les travaux de la commission 3 portent sur cette matière, de façon fouillée, V. *infra*, nos 3004 et s.
(545) M. Revillard, *op. cit.*, p. 434, n° 766.
(546) F. Brule-Gadioux et E. Lamothe, 101e Congrès des notaires de France, Nantes, 1-4 mai 2005, *Les familles sans frontières en Europe*, 1re commission, p. 61, n° 1067. Les auteurs analysent les règles d'exception de droit commun, auxquelles il est ici renvoyé.
(547) Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 ; Convention de New York du 26 février 1990 relative aux droits de l'enfant ; un « *corpus* complexe » concernant les obligations alimentaires envers les enfants, les enlèvements internationaux : pour toutes ces conventions, V. B. Boniface, S. Julien Saint-Amand-Hassani et B. Renaud, 95e Congrès des notaires de France, Marseille, 9-12 mai 1999, 1re commission, *Demain la famille*, p. 230, nos 1230 et s. ; pour un Congrès des notaires de France entièrement dédié à l'enfant, V. le 91e Congrès des notaires de France, Tours, 21-24 mai 1995, *Le droit et l'enfant*, étudié également sous l'angle du droit international privé.

À côté de ces instruments internationaux à valeur universelle, d'autres conventions bilatérales ou multilatérales ont été signées par la France pour la protection de l'enfance (548).

Parmi ces dernières, seules les conventions de la Conférence internationale de La Haye n^os^ 10 du 5 octobre 1961 et 34 du 19 octobre 1996 retiendront ici l'attention, sous le seul et unique angle de la pratique notariale.

A/ La Convention n° 10 de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs

1/ Champ d'application matériel de la convention

2225 L'objet de la convention est tout entier contenu dans son intitulé, car curieusement, aucun article ne prévoit d'en donner une définition précise (549).

Par ailleurs, l'article premier énonce que les autorités tant judiciaires qu'administratives de l'État de la résidence habituelle du mineur sont « compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens ».

La convention ne s'applique pas pour les mesures relevant du droit pénal, ou du droit du travail. Elle ne s'applique pas non plus pour la fixation de l'âge de la majorité, ni pour les règles gouvernant l'émancipation (550).

Cette convention porte sur l'autorité parentale (551), l'administration légale, ainsi que la tutelle légale ou dative, et l'assistance éducative (552).

L'article 12 de la convention donne une définition du mineur : est mineure « toute personne qui a cette qualité tant selon la loi interne de l'État dont elle est ressortissante que selon la loi interne de sa résidence habituelle ».

Ainsi, la personne protégée doit être « doublement mineure » (553).

Illustrations

Un mineur tunisien, âgé de dix-huit ans et résidant habituellement en France sera réputé mineur selon la loi tunisienne (majorité à vingt ans), mais majeur selon la loi française : la convention ne s'appliquera pas (554).
À l'inverse, un mineur âgé de seize ans révolus, ressortissant écossais et résidant habituellement en France sera réputé majeur selon la loi écossaise, mais mineur selon la loi française : la convention ne s'appliquera pas en l'espèce (555).
Pour une liste générale de l'âge de la majorité en droit comparé : V. M. Revillard, *op. cit.*, p. 472, n° 827.

(548) Pour les conventions bilatérales : franco-polonaise, franco-yougoslave, franco-belge, franco-marocaine, franco-tunisienne, franco-égyptienne, franco-portugaise, franco-algérienne, convention bilatérale avec Djibouti, franco-libanaise, V. M. Revillard, *op. cit.*, p. 451, n^os^ 806 et s. ; pour les conventions multilatérales, V. égal. M. Revillard, *op. cit.*, p. 456, n^os^ 808 et s.
(549) H. Péroz et E. Fongaro, *op. cit.*, p. 93, n° 226.
(550) La majorité qui définit si l'individu est capable juridique ou pas reste dépendre de la loi personnelle, ainsi qu'il a été précisé *supra*, n° 2221.
(551) Cet instrument n'évoque pas encore le terme de responsabilité parentale qui remplacera dans la Convention de 1996 le terme d'« autorité parentale » utilisé dans notre ordre interne.
(552) M. Revillard, *op. cit.*, p. 436, n° 770.
(553) H. Péroz et E. Fongaro, *op. cit.*, p. 93, n° 227.
(554) M. Revillard, *op. cit.*, p. 435-436, n° 770.
(555) Pour une étude en droit comparé de la situation des mineurs et majeurs vulnérables en Écosse : R. Frimston, A. Ruck Keen, C. Van Overdijk et A. Ward, *The International Protection of Adults*, Oxford University Press, 2015, p. 225, n° 12.23.

S'agissant des autorités compétentes, la convention détermine les autorités chargées de la protection du mineur. Par conséquent, seule « la protection organique du mineur » est organisée par la convention : il s'agit de celles de la résidence habituelle du mineur (556).

Plusieurs observations peuvent être ici faites :

- la première concerne la représentation de plein droit de l'enfant. L'article 3 prévoit qu'un « rapport d'autorité résultant de plein droit de la loi interne de l'État dont le mineur est ressortissant est reconnu dans tous les États contractants ». Dit autrement, lorsqu'aucune autorité judiciaire ou administrative n'intervient pour la création ou la mise en œuvre du rapport d'autorité, c'est la loi nationale du mineur qui gouverne la question de l'autorité parentale (557) ;
- la deuxième concerne la formalité habilitante pouvant être nécessaire pour le représentant légal qui accomplit un acte pour le compte du mineur : les autorités tant judiciaires qu'administratives de l'État de la résidence habituelle d'un mineur sont compétentes pour prendre les mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens (558) ;
- la troisième concerne les compétences des autorités : la convention ne reconnaît les compétences qui y sont définies qu'aux autorités de l'État du mineur qui est contractant à la convention (559) ;
- la quatrième concerne les relations de la convention avec celles déjà signées par l'État contractant : la convention ne porte pas atteinte aux dispositions des autres conventions liant les États contractants au moment de son entrée en vigueur (560).

Pour la pratique notariale

S'agissant de l'autorité parentale

La loi nationale de l'enfant régit la représentation de plein droit par son titulaire (561).

En conséquence, il appartient au notaire français qui doit faire intervenir à un acte pour le compte d'un mineur étranger son représentant légal, de faire établir un certificat de coutume ou une *legal opinion* (562) afin d'avoir connaissance de l'étendue des pouvoirs de représentation de la personne ayant autorité sur l'enfant (563).

S'agissant de la formalité habilitante

Le notaire français chargé de procéder à la vente du bien d'un mineur domicilié en France devra indiquer à son représentant légal la nécessité d'obtenir du juge de la protection des mineurs du domicile de l'enfant l'autorisation de vendre, quelle que soit la loi applicable à l'exercice de la représentation de plein droit (564).

(556) Conv. La Haye 5 oct. 1961, art. 1er.
(557) H. Péroz et E. Fongaro, *op. cit.*, p. 101, nº 269.
(558) Conv. La Haye 5 oct. 1961, art. 1er.
(559) Conv. La Haye 5 oct. 1961, art. 13, 2e al.
(560) Conv. La Haye 5 oct. 1961, art. 18 *in fine.*
(561) Sont classées dans la représentation de plein droit, outre l'administration légale pure et simple qui est assurée conjointement entre les deux parents, l'administration légale sous contrôle judiciaire, ainsi que la tutelle par les ascendants sans désignation judiciaire, antérieurement à la loi sur la protection de l'enfance du 5 mars 2007.
(562) Les documents permettant de connaître le contenu d'une loi étrangère sont étudiés *supra*, nos 2410 et s.
(563) H. Péroz et E. Fongaro, *op. cit.*, p. 101, nº 271.
(564) H. Péroz et E. Fongaro, *op. cit.*, p. 102, nº 273. Les auteurs exposent les difficultés de la question liées aux choix possibles, soulevée par la doctrine. Celui qu'ils préconisent a le mérite concret de reposer sur une formalité courante bien connue en pratique notariale.

II/ Champs d'application spatial et temporel

Cette convention est entrée en vigueur en France le 10 novembre 1972. À ce jour, quatorze États l'ont ratifié (565), mais compte tenu de son caractère universel, selon l'article 13, elle s'applique « à tous les mineurs qui ont leur résidence habituelle dans un État contractant », même si les États contractants peuvent décider de ne l'appliquer qu'aux mineurs des autres États contractants seulement (566).

Cette convention n° 10 du 5 octobre 1961 aurait dû être entièrement remplacée à compter du 1er février 2011 par la Convention n° 34 du 16 octobre 1996. Mais tel n'a pas été le cas. La substitution ne semble avoir été que partielle, à lire les dispositions de l'article 53 de la Convention de 1996 dont il sera parlé dans ce qui suit.

De ce fait, une difficulté importante demeure quant à l'application de ces deux conventions.

En effet, si la Convention n° 34 de 1996 concerne à la fois les mesures de protection prises en matière de responsabilité parentale ainsi que la responsabilité parentale de plein droit, son article 53 n'en prévoit l'application que pour les mesures de protection uniquement ; il reste muet quant à l'autorité parentale (ou la responsabilité parentale) de plein droit, et aucun autre article de cette convention ne prévoit l'application de cette convention pour l'autorité parentale.

Ce silence entraîne d'importantes conséquences : en effet, si le principe de la Convention de 1961 prévoit comme règle de conflit la loi nationale (pour rappel l'enfant doit être doublement mineur, V. *supra*, n° 2225), celui de la Convention de 1996 prévoit pour la même question la loi du lieu de résidence du mineur (V. *infra*, n° 2226).

Dit autrement, pour tous les enfants nés avant le 1er février 2011, l'exercice de la responsabilité parentale de plein droit (*i.e.* notre autorité parentale de droit interne), restera soumis à l'application de la Convention de 1961 – soit la loi nationale de l'enfant –, alors même que l'article 16 de la Convention de 1996 est applicable depuis le 1er février 2011 – et envisage comme règle de conflit la loi du lieu de résidence de l'enfant .

Cette difficulté trouve son origine dans l'absence de droit transitoire en matière de responsabilité parentale de plein droit, contrairement aux mesures de protection prises.

Dans ces conditions, certains auteurs considèrent que l'application de ces conventions doit se faire de manière distributive, de telle sorte que pour l'attribution de l'autorité parentale opérée avant le 1er février 2011, la Convention de 1961 demeure applicable (567).

Pour la pratique notariale

Un couple de ressortissants italiens veut acquérir en 2019, au nom de leur enfant mineur, né en 2010, un bien situé en France. Les modalités d'attribution de la responsabilité parentale (*i.e.* de l'autorité parentale) relèveront de la Convention de 1961, compte tenu du fait de la naissance de l'enfant antérieure à l'entrée en application de la Convention n° 34 de 1996, d'une part, et de l'absence de droit transitoire pour l'application distributive de la Convention de 1996 en matière de responsabilité parentale de plein droit, d'autre part.
En revanche, l'acquisition étant projetée en 2019, les titulaires de l'autorité parentale l'exercent après l'entrée en application de la convention : les modalités d'exercice de leur autorité parentale sont par contre régies par la Convention de 1996.

(565) Allemagne, Autriche, Chine (exclusivement la région de Macao), Espagne, France, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Suisse, Turquie.
(566) Conv. La Haye 5 oct. 1961, art. 13, al. 1er et 3e. Il est ici précisé que la France n'ayant fait aucune réserve, la convention s'applique de manière universelle à tous les mineurs situés sur le territoire national.
(567) H. Péroz et E. Fongaro, *op. cit.*, p. 97, n° 250.

Cette difficulté d'application temporelle soulignée, il convient dès lors d'aborder les dispositions de la Convention nº 34 de la Conférence internationale de La Haye en date du 16 octobre 1996 afin de bien en comprendre les enjeux.

B/ La Convention de La Haye du 19 octobre 1996

1/ Champ d'application matériel

2226 Cette convention a pour objet de remédier aux « imperfections révélées par l'application de la convention sur la protection des mineurs du 5 octobre 1961 » (568). Comme son intitulé l'indique, elle porte sur la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.

Elle a pour objet de :
- déterminer les autorités compétentes pour prendre des mesures de protection de la personne et des biens de l'enfant ;
- déterminer la loi applicable à ces autorités ;
- déterminer la loi applicable à la responsabilité parentale ;
- assurer la reconnaissance et l'exécution des mesures de protection dans tous les États contractants ;
- établir entre les autorités des États contractants la coopération nécessaire à la réalisation des objectifs de la convention.

En conséquence, en vertu de l'article 3, la convention porte sur les matières suivantes :
- l'attribution, l'exercice, le retrait total ou partiel, la délégation et l'extinction de la responsabilité parentale ;
- la tutelle, curatelle, et les institutions analogues ;
- le placement de l'enfant dans une famille d'accueil, ou dans un établissement, ou son recueil par *kafala* ou une institution analogue ;
- l'administration, la conservation ou la disposition des biens de l'enfant.

Par contre, sont exclues de son champ d'application, les matières suivantes selon l'article 4 :
- la filiation (établissement ou contestation) même par adoption ;
- le nom et prénom de l'enfant ;
- l'émancipation ;
- les *trusts* et successions ;
- la sécurité sociale.

a) *Personnes n'ayant pas atteint l'âge de dix-huit ans*

2227 La Convention nº 34 du 19 octobre 1996 concerne l'enfant, de sa naissance jusqu'à ce que l'âge de dix-huit ans soit atteint. Selon le rapport explicatif, cela ne signifie pas que la convention fixe à dix-huit ans, « par une règle matérielle, l'âge de la majorité dans tous les États contractants. Le texte signifie simplement que les règles conventionnelles de compétence, de conflit de lois, etc. s'appliquent aux enfants jusqu'à cet âge, même dans le cas où, avant cet âge, ils seraient devenus capables d'après leur loi personnelle » (569).

Dit autrement, la convention s'applique à toutes les personnes âgées de moins de dix-huit ans, même si leur loi personnelle prévoit la majorité à un âge différent, et même si l'enfant a été émancipé selon sa loi nationale en dessous de dix-huit ans.

(568) M. Revillard, *op. cit.*, p. 440, nº 773. Pour une étude très détaillée, V. le même auteur, *op. cit.*, p. 441, nos 777 et s.

(569) P. Lagarde, *Rapport explicatif* , 1998, p. 544, nº 16 (https://assets.hcch.net/upload/expl34.pdf).

À retenir

Au-delà de dix-huit ans, et si la situation de l'enfant exige qu'une protection soit organisée, la Convention de La Haye n° 35 du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes vulnérables s'appliquera alors (étudiée ci-dessus, V. *supra*, n° 2175).

b) Détermination des autorités compétentes

2228 La convention a pour objet de déterminer les autorités compétentes pour prendre des mesures concernant la protection de la personne et des biens de l'enfant (570).

Le principe retenu à l'article 5-1 de la convention est le suivant : sont compétentes les autorités judiciaires et administratives de la résidence habituelle de l'enfant, que la mesure de protection doive être prise pour la personne de l'enfant comme pour ses biens.

Par dérogation, l'autorité compétente peut toutefois considérer que les autorités d'un autre État peuvent être plus compétentes au regard de la nationalité de l'enfant, du lieu de situation des biens de l'enfant, ou de celles d'un autre État avec lequel l'enfant peut avoir des liens plus étroits. Dans ce cas, une concertation est prévue entre ces autorités (571).

c) Détermination de la loi applicable

2229 S'agissant de la loi applicable, le chapitre III de la Convention du 19 octobre 1996 prend soin de distinguer la loi applicable aux mesures de protection, et la loi applicable à la responsabilité parentale.

À cette occasion, la convention améliore les notions par rapport à la Convention n° 10 de 1961. Alors que la seconde évoquait un rapport d'autorité de plein droit pour parler de l'autorité parentale de notre droit positif, la première utilise la notion de responsabilité et lui donne la définition suivante : « Autorité parentale ou tout autre rapport d'autorité analogue déterminant les droits, les pouvoirs et les obligations des parents, d'un tuteur ou autre représentant légal à l'égard de la personne ou des biens de l'enfant » (572).

L'article 15 constitue l'un des apports majeurs de cette convention, en énonçant comme nouveau principe que les autorités des États contractants appliquent leur propre loi pour prendre des mesures concernant la protection de la personne de l'enfant ou de ses biens, à moins que la loi d'un autre État avec lequel la situation présente un lien étroit s'avère plus pertinente (573).

Le principe de la Convention n° 10 de 1961 selon lequel le rattachement était la nationalité de l'enfant n'a pas été repris. Il est vrai qu'assurer une convergence entre l'autorité compétente qui applique la loi qu'elle connaît le mieux, soit sa propre loi, est un facteur de simplification et d'efficacité.

Illustration

Un notaire est chargé d'établir la vente d'un bien situé en France appartenant à un mineur orphelin de père résidant en Angleterre. Pour parvenir à cette vente, la mère, représentant légal de son enfant, devra être autorisée par le juge de la protection des mineurs pour pouvoir réaliser

(570) Conv. 19 oct. 1996, art. 1er-1-a).
(571) Conv. 19 oct. 1966, art. 8-1 et 8-2.
(572) Conv. 19 oct. 1996, art. 1er-2.
(573) En cas de conflit mobile, suite au changement de domicile de l'enfant, l'article 15-3 prévoit que la loi de la nouvelle résidence régira les conditions d'application des mesures de protection prises par l'autorité de l'État de l'ancienne résidence.

cette vente, conformément aux dispositions de l'article 387-1 du Code civil. Alors qu'en Angleterre une telle autorisation n'est pas obligatoire, le juge anglais pourrait cependant habiliter la mère à la réalisation de cette opération en vertu de l'article 15-2 de la convention à laquelle le Royaume-Uni est un État contractant.

i - Attribution ou extinction d'une responsabilité parentale

L'attribution ou l'extinction de la responsabilité parentale est prévue par la convention dans deux cas de figure : soit l'événement intervient sans aucune intervention d'une autorité, soit un accord, un acte, ou une autorité compétente attribue ou prononce l'extinction de la responsabilité parentale. **2230**

1 - Attribution ou extinction automatique (sans intervention) : loi de la résidence habituelle

Lorsque l'attribution ou l'extinction de la responsabilité intervient sans qu'il y ait eu besoin d'une quelconque intervention ou d'un quelconque accord, l'attribution ou l'extinction dans ce cas est alors régie par la loi de la résidence habituelle de l'enfant (574). **2231**

Illustrations

Succession

Pour savoir qui devra représenter un mineur de nationalité étrangère résidant en France, dans le cadre du règlement d'une succession soumis à la loi successorale française, la loi française sera donc applicable (Conv. La Haye 1996, art. 16). C'est par conséquent la loi française qui fixe les modalités d'exercice de la responsabilité parentale, et le notaire en charge de la succession devra indiquer au représentant légal de l'enfant la nécessité d'une autorisation judiciaire à solliciter auprès du juge français pour l'acceptation pure et simple ou la renonciation à la succession soumise à la loi française (575).

Vente

Pour déterminer la représentation d'un enfant de nationalité américaine ayant sa résidence habituelle en France pour la vente d'un immeuble lui appartenant, la loi française est compétente (576) pour déterminer les modalités de représentation de l'enfant : le titulaire de l'autorité parentale devra par conséquent être autorisé par justice en vertu de l'article 387-1 du Code civil.

2 - Attribution ou extinction à la suite d'un accord mais sans intervention d'une autorité

Si l'attribution ou l'extinction de la responsabilité parentale fait suite à un accord ou un acte unilatéral, sans aucune intervention d'une autorité, l'événement est alors soumis à l'application de la loi de la résidence habituelle de l'enfant au moment de la survenance (577). **2232**

Illustrations

Accord dans une convention de divorce

Dans le cas d'un accord intervenu entre les parents pour les modalités de garde ou de droit de visite de l'enfant mineur à la suite de la procédure de divorce, la responsabilité parentale de l'enfant est soumise à la loi de la résidence habituelle de l'enfant au moment où l'accord est intervenu entre les parents.

(574) Conv. 19 oct. 1996, art. 16-1.
(575) C. civ., art. 387-1.
(576) Conv. 19 oct. 1996, art. 16-1.
(577) Conv. 19 oct. 1996, art. 16-2.

Acte unilatéral comme un testament
Dans le cadre d'une disposition à cause de mort désignant un tuteur à l'enfant, la responsabilité parentale est régie par la loi de la résidence habituelle de l'enfant au moment du décès (578).

3 - Attribution ou extinction à la suite d'une intervention ponctuelle d'une autorité

2233 Une autorité étatique peut intervenir soit dans l'attribution de la responsabilité parentale, soit dans l'exercice de l'autorité parentale. Dans cette hypothèse, la question de la loi applicable se pose après celle de la question de la compétence de l'autorité. C'est la loi de la résidence habituelle de l'enfant qui indiquera si l'acte en question peut être reçu avec ou sans l'intervention de l'autorité (579).

Illustrations

Tutelle
En matière de tutelle des mineurs, le juge de la protection des mineurs doit nécessairement intervenir pour désigner le tuteur de l'enfant mineur en vertu de l'article 391 du Code civil.
Par contre, le tuteur n'a pas besoin d'autorisation du juge des tutelles pour accomplir les actes d'administration (580).

Administration légale
Les deux parents, cotitulaires de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, exercent par conséquent seuls la responsabilité parentale (581).
Cependant, si les parents envisagent de faire renoncer leur enfant à une succession, ils ne peuvent agir qu'avec l'autorisation du juge (582).

ii - Exercice de la responsabilité parentale

2234 L'exercice de la responsabilité parentale est régi par la loi de l'État de la résidence habituelle de l'enfant, selon l'article 17 de la convention.

En cas de changement de résidence, l'exercice de la responsabilité parentale est soumis à mutabilité, et peut ne pas être soumis aux mêmes conditions que dans l'État quitté (583).

À retenir

Dans le cadre de l'application de la Convention n° 34 du 19 octobre 1996, le renvoi est exclu de la matière (584).

d) Reconnaissance et exécution des mesures de protection

2235 Les mesures prises dans un État contractant sont reconnues de plein droit dans les autres États en vertu de l'article 23-1 de la convention.

(578) Pour une illustration dans le cadre d'un conflit mobile (changement de domicile) : M. Revillard, *op. cit.*, p. 445, n° 790.
(579) H. Péroz et E. Fongaro, *op. cit.*, p. 98, n° 254.
(580) C. civ., art. 496.
(581) C. civ., art. 382-1.
(582) C. civ., art. 387-1.
(583) M. Revillard, *op. cit.*, p. 446, n° 791.
(584) À l'exception du jeu du renvoi au second degré, qui n'est pas envisagé pour l'exercice de la responsabilité parentale, mais seulement pour l'attribution ou l'extinction de la responsabilité parentale : H. Péroz et E. Fongaro, *op. cit.*, p. 100, n° 263.

Des cas de refus de cette reconnaissance sont visés au deuxième paragraphe de l'article 23 (notamment si les règles de compétence prévues par la convention n'ont pas été respectées, ou si l'enfant n'a pas été entendu).

Quant à la reconnaissance des situations, l'article 40 de la convention prévoit que : « Les autorités de l'État de résidence habituelle de l'enfant où une mesure a été prise peuvent délivrer au titulaire de la responsabilité parentale ou à toute personne à qui est confiée la protection de l'enfant ou de ses biens, à sa demande, un certificat indiquant sa qualité et les pouvoirs qui lui sont conférés ».

II/ Champ d'application spatial

2236 La Convention nº 34 de La Haye du 16 octobre 1996, ratifiée par la France le 15 octobre 2010, est entrée en vigueur le 1er février 2011 en France. Elle est également entrée en vigueur dans quarante-neuf États, dont quatre ne sont pas membres de la Conférence internationale de La Haye. Il est remarquable qu'à ce jour cette convention ne soit pas encore en vigueur en Argentine, ni au Canada, ni aux États-Unis d'Amérique (585).

Cependant, en vertu de son article 20, la convention revêt un caractère universaliste, compte tenu du fait que pour ce qui concerne la responsabilité parentale de plein droit, elle s'applique même si la loi de la résidence habituelle n'est pas celle d'un État contractant.

La règle de conflit de loi prévue par la Convention (résidence habituelle de l'enfant) s'applique pour la protection de l'enfant et la responsabilité parentale à tous les enfants, quelle que soit leur nationalité, et quel que soit l'État où est située leur résidence habituelle.

Autrement dit, la convention s'applique à tous les mineurs qui ont leur résidence habituelle dans un État contractant, même si la loi désignée n'est pas celle d'un État contractant (586).

III/ Rapport avec le règlement européen Bruxelles II *bis*

2237 Dans les relations avec la Convention nº 34 du 19 octobre 1996, l'article 61 du règlement (CE) nº 2201/2003 du 27 novembre 2003 prévoit que le règlement prime la convention lorsque l'enfant concerné a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État membre ; le règlement prime également pour la reconnaissance et l'exécution des mesures de protection rendues par une juridiction compétente d'un État membre sur le territoire d'un autre État membre, même si l'enfant concerné a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État non membre qui est partie contractante à ladite convention.

§ III Les règles de droit européen : le règlement Bruxelles II *bis*

2238 Le règlement (CE) nº 2201/2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, est un règlement européen qui ne porte que sur les règles de compétence.

Cet instrument, autrement intitulé « Bruxelles II *bis* », ne comporte aucune règle de conflit de loi.

C'est précisément pour cette raison qu'au sein de l'Union européenne, l'autorité compétente en matière de responsabilité parentale déterminée en vertu de Bruxelles II *bis* devra

(585) Site HCCH : www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=70, mise à jour au 12 sept. 2018, consulté le 11 déc. 2018.
(586) H. Péroz et E. Fongaro, *op. cit.*, p. 100, nº 265.

appliquer la loi déterminée par application soit de la Convention nº 10 de 1961, soit par la Convention nº 34 de 1996, soit encore par application des règles établies par la jurisprudence (587).

L'orientation donnée à ces travaux étant entièrement tournée vers la pratique notariale, seront seulement abordés dans les développements qui suivent les points de ce règlement impactant l'activité du notaire, soit dans l'ordre suivant : les champs d'application de Bruxelles II *bis*, les règles de compétence générales et leur prorogation possible pour l'exercice de l'autorité parentale en matière de gestion, administration et disposition des biens appartenant au mineur.

A/ Champs d'application

I/ *Rationae materiae*

2239 *Rationae materiae*, le règlement a pour objet l'attribution, l'exercice, la délégation, le retrait total ou partiel de la responsabilité parentale (588). Ces matières concernent notamment la désignation et les fonctions de toute personne ou organisme chargé de s'occuper de la personne ou des biens de l'enfant, de le représenter ou de l'assister (589).

Le règlement détermine les autorités compétentes pour prendre des mesures de protection par ces autorités étatiques, notamment quant à la désignation et aux fonctions de toute personne ou organisme chargé de s'occuper de la personne ou des biens de l'enfant, de le représenter ou de l'assister (590), et à l'administration, à la conservation ou à la disposition de ses biens (591).

Il résulte de cette définition que les dispositifs concernant la tutelle ou toute autre institution analogue relèvent de la responsabilité parentale selon Bruxelles II *bis* (592).

Par ailleurs, les conventions internationales de La Haye nºs 10 et 34 continuent à produire leurs effets dans toutes les matières non traitées par Bruxelles II *bis* entre les États membres, d'une part (593), et à l'égard des pays tiers à l'Union (594), d'autre part.

II/ *Rationae personae*

2240 *Rationae personae*, le règlement s'applique à tous les enfants légitimes, naturels, adoptifs ou même sans filiation établie, puisque Bruxelles II *bis* ne fait plus référence aux enfants communs, d'une part, et ne subordonne pas son champ d'application à l'existence d'une action en divorce, séparation de corps ou d'annulation de mariage, d'autre part (ce que faisait Bruxelles II avant son abrogation) (595).

(587) H. Péroz et E. Fongaro, *op. cit.*, p. 95, nº 241.
(588) Règl. nº 2201/2003, art. 1, b).
(589) Règl. nº 2201/2003, art. 2, c).
(590) Règl. nº 2201/2003, art. 1-2, c).
(591) Règl. nº 2201/2003, art. 1-2, e).
(592) H. Péroz et E. Fongaro, *op. cit.*, p. 95, nº 239.
(593) L'article 62 du règlement prévoit que les accords et conventions et particulièrement la Convention nº 34 de La Haye du 19 octobre 1996 continuent à produire leurs effets dans les matières non traitées par le règlement, et que d'autre part, lesdites conventions (dont la Convention nº 10 et la Convention nº 34) continuent à produire leurs effets entre les États membres qui en sont parties contractantes
(594) Règl., art. 61, a) *a contrario* et art. 62-1.
(595) M. Revillard, *op. cit.*, p. 459, nº 811.

Il s'applique par conséquent aussi bien pour un ressortissant mineur d'un État membre que pour un ressortissant mineur d'un État tiers qui a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État membre (596).

Par ailleurs, la définition de la responsabilité parentale que donne l'article 2-7 est plus large que la notion d'autorité parentale de droit interne. En effet, la responsabilité parentale est définie comme étant « l'ensemble des droits et obligations conférés à une personne physique ou une personne morale sur la base d'une décision judiciaire, d'une attribution de plein droit ou d'un accord en vigueur, à l'égard de la personne ou des biens d'un enfant. Il comprend notamment le droit de garde et le droit de visite » (597).

III/ *Rationae temporis*

2241 *Ratione temporis*, Bruxelles II *bis* est entré en vigueur le 1er mars 2005 en abrogeant purement et simplement à cette date Bruxelles II. Des dispositions de droit transitoire sont toutefois prévues pour tenir compte notamment des actes authentiques reçus postérieurement à la date de sa mise en application, en vertu de l'article 64.

IV/ *Rationae loci*

2242 *Ratione loci*, Bruxelles II *bis* s'applique à l'ensemble de l'Union européenne, à l'exception du Danemark qui n'a pas participé à son adoption, ainsi qu'à la Finlande et la Suède qui, conformément à l'article 59, § 2, pt a), ont déclaré que la Convention du 6 février 1931 entre le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède comprenant des dispositions de droit international privé sur le mariage, l'adoption et la garde des enfants, ainsi que son protocole final, s'appliqueront intégralement dans les relations entre la Suède et la Finlande en lieu et place des règles du règlement.

B/ Principe général de compétence

2243 Comme indiqué *supra* (nº 2237), pour déterminer la compétence de l'autorité de la juridiction, Bruxelles II *bis* prévaut sur les conventions nº 10 et 34 de La Haye : Bruxelles II *bis* attribue la compétence de l'autorité à l'État membre dans lequel le mineur a sa résidence habituelle (598), en vertu de l'article 8 du règlement. Cette compétence du lieu de résidence de l'enfant est fondée sur le principe de proximité pour la protection de l'enfance (599).

La notion de résidence habituelle se distingue de celle de domicile. En effet, en droit interne français, le domicile est avant tout une notion de droit, composée de deux éléments, matériel (lieu d'établissement principal) et intentionnel (la volonté d'établir de façon stable et permanente ses centres d'intérêts patrimoniaux, sociaux et affectifs) (600).

(596) Règl. nº 2201/2003, art. 61, a).
(597) Pour une analyse très détaillée de la notion : V. M. Revillard, *op. cit.*, p. 460, nº 813.
(598) Pour une analyse jurisprudentielle de la notion de résidence habituelle, V. M. Revillard, *op. cit.*, p. 461, nº 814.
(599) Le considérant 12 du règlement prévoit en effet que : « Les règles de compétence établies par le présent règlement en matière de responsabilité parentale sont conçues en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant et en particulier du critère de proximité... ».
(600) Sur la notion de domicile conjugal, cf. travaux de la commission 3, *infra*, nº 3221.

À retenir

Maintien encore possible de l'application de la Convention de La Haye n° 10 du 5 octobre 1961

Dans les relations entre un État membre et un État non membre de l'Union, la Convention de La Haye n° 10 du 5 octobre 1961 continue à s'appliquer pour les décisions relatives à la responsabilité parentale prises avant le 1er février 2011.

Maintien encore possible de l'application de la Convention de La Haye n° 34 du 19 octobre 1996

De même, dès lors que l'enfant ne réside pas dans un État membre, la Convention de La Haye n° 34 du 19 octobre 1996 continue à s'appliquer pour toutes les décisions relatives à la responsabilité parentale prises (ou devant être prises) après le 1er février 2011 (601).

Ces règles de compétence générale énoncées (602), une autre série de règles attirera plus particulièrement l'attention du praticien, confronté à une situation internationale de représentation et de protection de l'enfant : le renvoi possible à une juridiction mieux placée, mais surtout la prorogation volontaire de compétence. Il est proposé d'étudier ces deux questions.

C/ Principes subsidiaires de compétence

2244 Les principes subsidiaires au principe général de compétence sus-énoncé sont de trois ordres : En premier lieu, il s'agira de certains cas de changement de résidence de l'enfant, pour lesquels une juridiction pourrait décliner sa compétence au profit de celle d'un autre État membre ; en deuxième lieu, d'un accord conclu entre les titulaires de la responsabilité (illustrant une fois encore, s'il en était besoin, l'importance grandissante de l'autonomie de la volonté dans les instruments européens) ; en troisième lieu, d'une reconnaissance unilatérale de l'application du règlement européen par un État membre pourtant en rapport avec un État tiers.

Dans cette dernière hypothèse, et compte tenu du fait que parmi ces États tiers concernés figurent à ce jour notamment le Canada et les États-Unis (deux pays où la population française expatriée est importante), il est apparu intéressant de l'évoquer.

Il sera par conséquent proposé, dans un premier temps, d'aborder les conditions du renvoi à une autre juridiction **(I)**, d'étudier dans un deuxième temps la prorogation volontaire de compétence **(II)**, avant de conclure ces développements par la reconnaissance unilatérale du règlement européen applicable dans une relation entre un État membre et un État pourtant tiers **(III)**, le tout illustré de cas tirés directement de dossiers rencontrés.

I/ Le renvoi possible vers une juridiction mieux placée d'un autre État membre (art. 15)

2245 L'article 15 de Bruxelles II *bis*, particulièrement dense et long (603), envisage la possibilité pour une juridiction d'un État membre de renvoyer à une juridiction d'un autre État membre qu'elle considère mieux placée pour connaître de l'affaire à traiter.

(601) Conv. La Haye n° 34, art. 53.

(602) Pour l'application de ces règles en matière de conflit mobile, V. H. Péroz et E. Fongaro, *op. cit.*, p. 104, nos 285 et s.

(603) L'article 15 est composé de six paragraphes plus ou moins denses, dont certains sont eux-mêmes divisés en plusieurs sections pouvant aller jusqu'à cinq sous-parties, comme par exemple l'article 15-3.

Ce renvoi juridictionnel repose sur un mécanisme **(a)**, une procédure **(b)** et la notion de lien particulier **(c)** qu'il convient d'aborder pour en saisir le maniement.

a) Le mécanisme du renvoi à une juridiction d'un autre État membre

2246 L'article 15 de Bruxelles II *bis* envisage la possibilité, si cela sert l'intérêt supérieur de l'enfant, pour une juridiction d'un État membre compétente pour connaître de la demande – en vertu de l'article 8 du règlement –, qui considère qu'une juridiction d'un autre État membre se trouve mieux placée pour connaître de l'affaire (ou une partie spécifique de l'affaire), de surseoir à statuer sur l'affaire, ou sur la partie en question.

b) Les modalités du renvoi à une juridiction d'un autre État membre

2247 Cette juridiction, qui décline sa compétence, invite alors les parties à saisir d'une demande la juridiction de cet État membre (dans les conditions de l'article 4 dudit règlement) (604).

Cette juridiction peut également demander directement à la juridiction qu'elle considère mieux placée de l'autre État membre d'exercer sa compétence, dans le respect des conditions de l'article 5 du règlement (605).

La saisine de la juridiction de l'autre État membre mieux placée peut être faite sur requête des parties (606), à l'initiative de la juridiction première qui décline sa compétence (607), ou encore à la demande de la juridiction de l'autre État membre qui accepte de considérer que cet autre État membre a un lien particulier avec l'enfant (608).

Toutefois, ce renvoi vers une juridiction vers un autre État membre ne peut se faire d'office : il n'est possible que si l'une au moins des parties l'a accepté (609).

c) La notion de « lien particulier »

2248 La notion de « lien particulier avec l'enfant » qui permet ce renvoi relève de plusieurs critères alternatifs, dont la résidence habituelle postérieure à la saisine initiale (610), la résidence d'une manière habituelle antérieurement à la saisine (611), la nationalité de l'enfant de cet autre État membre (612), la résidence habituelle de l'un des titulaires de la responsabilité parentale (613) ; un dernier critère qui retiendra plus particulièrement l'attention du praticien figure au dernier paragraphe de cet article 15-3. Il s'agit de celui relatif aux mesures de protection de l'enfant liées à l'administration, la conservation ou la disposition des biens détenus par l'enfant et qui se trouvent sur le territoire de cet autre État membre (614).

Après le renvoi à une juridiction d'un autre État membre, la deuxième exception au principe général de compétence repose sur la prorogation volontaire de compétence (615).

(604) Règl. Bruxelles II *bis*, art. 15-1, a).
(605) Règl. Bruxelles II *bis*, art. 15-1, b).
(606) Règl. Bruxelles II *bis*, art. 15-2, a).
(607) Règl. Bruxelles II *bis*, art. 15-2, b).
(608) Règl. Bruxelles II *bis*, art. 15-2, c).
(609) Règl. Bruxelles II *bis*, art. 15 *in fine*.
(610) Règl. Bruxelles II *bis*, art. 15-3, a).
(611) Règl. Bruxelles II *bis*, art. 15-3, b).
(612) Règl. Bruxelles II *bis*, art. 15-3, c).
(613) Règl. Bruxelles II *bis*, art. 15-3, d).
(614) Règl. Bruxelles II *bis*, art. 15-3, e).
(615) Pour l'aspect processuel de cette mesure de renvoi (délai de saisine ou d'autosaisine, délai d'instruction et conséquences en découlant), V. Règl. Bruxelles II *bis*, art. 15-4 et 15-5.

II/ La prorogation volontaire de compétence (art. 12)

2249 *a) Champ d'application matériel de la prorogation de compétence*

2250 L'article 12-1 du règlement Bruxelles II *bis* prévoit que la juridiction de l'autre État membre qui est compétente pour les questions relatives au divorce, à la séparation de corps ou l'annulation du mariage, est également compétente pour toute question relative à la responsabilité parentale.

Les dispositions de l'article 12-3 du règlement prévoient en outre que les juridictions compétentes d'un État membre sont également compétentes pour toutes les autres procédures que celles visées à l'article 12-1.

Autrement dit, quand l'article 12-1 du règlement prévoit la compétence des juridictions pour les questions de divorce, séparation de corps, ou annulation de mariage, celles de l'article 12-3 attribuent à ces mêmes juridictions la compétence pour toutes les autres procédures dans lesquelles la question de la responsabilité parentale est concernée, comme en matière d'exercice de la responsabilité parentale dans le domaine des successions ou des ventes.

Par ailleurs, cette prorogation volontaire de compétence est même envisageable en l'absence de procédure initiale dans l'État de la résidence habituelle de l'enfant, la Cour de justice de l'Union européenne ayant analysé cette disposition de l'article 12-3 comme étant une règle de prorogation volontaire de compétence purement territoriale (616).

b) Modalités d'exercice de cette prorogation de compétence volontaire

2251 Afin de permettre à une juridiction d'un autre État membre d'exercer sa compétence prorogée, plusieurs conditions doivent être remplies. Ces conditions concernent les parties à l'instance **(i)**, l'enfant dont les intérêts sont à protéger **(ii)**, le tout naturellement dans le respect absolu du pouvoir souverain du juge saisi à qui cette compétence de juger a été prorogée et qui accepte ou pas cette prorogation **(iii)**.

i - Concernant les parties à l'instance

2252 La juridiction d'un autre État membre que celui de la résidence habituelle de l'enfant peut être compétente dans le cadre de l'application de l'article 12-3 du règlement Bruxelles II *bis* sous les deux conditions cumulatives suivantes :

- au moins l'un des parents doit exercer la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant ;
- la compétence de cette juridiction doit en outre être acceptée par tout moyen (de façon expresse comme par toute autre manière non équivoque) par les époux et les titulaires de la responsabilité parentale à la date de la saisine de cette juridiction de l'autre État membre.

ii - Concernant l'enfant dont les intérêts sont à protéger

2253 De plus, pour que cette prorogation volontaire de compétence soit effective, l'enfant doit avoir un lien étroit avec l'État membre dans lequel la juridiction exerce cette compétence prorogée.

(616) Dans un arrêt du 12 novembre 2014, la Cour de justice de l'Union européenne semble en effet confirmer que cette disposition pose une telle règle de prorogation en affirmant que cet article permet de fonder la compétence d'une juridiction d'un État membre qui n'est pas celui de la résidence habituelle de l'enfant, même si aucune autre procédure n'est pendante devant la juridiction choisie : CJUE, 3e ch., 12 nov. 2014, aff. C-656/13 : *JurisData* no 2014-031231.

Ce lien est caractérisé comme étant étroit avec cet autre État membre dans les cas suivants :
- lorsque l'un des titulaires de la responsabilité parentale y a sa résidence ;
- lorsque l'enfant a la nationalité de cet État membre ;
- ou encore lorsqu'il existe la présence de biens appartenant à l'enfant, et situés dans cet autre État membre.

En effet, si les deux premiers cas d'espèce sont expressément visés à l'article 12-3, le même article utilise l'expression « en particulier », et non pas « exclusivement » pour les énoncer (617).

C'est ainsi que la Cour de justice de l'Union européenne a pu confirmer l'application de cette règle pour fonder la compétence de la juridiction grecque du lieu d'ouverture de la succession (aux lieu et place du juge italien du lieu de résidence du mineur) pour autoriser la renonciation à une succession au nom du mineur, tout en précisant les notions d'intérêt de l'enfant et de liens plus étroits (618).

De ces éléments étudiés, il peut être déduit *a contrario* que si l'enfant ne possède pas la nationalité de l'État dont on envisage de saisir la juridiction, ou encore si les parents ne résident pas dans l'État dont on envisage de saisir la juridiction (619), alors « c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui permettra au cas par cas de savoir si les juridictions de l'État du lieu d'ouverture de la succession ont un lien étroit avec l'enfant » (620).

Un auteur a pu s'interroger : « Ne pourrait-on alors considérer que le lieu d'ouverture de la succession, dès lors que des biens s'y trouvent, présente un lien étroit et qu'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'accepter la prorogation de compétence » (621) ?

À cette question, une réponse claire ne peut être donnée que dans le cadre du respect de l'exercice souverain par les juges du fond de leur pouvoir d'interprétation, ce qui parfois créera des situations inattendues.

iii - Pouvoir souverain du juge pour accepter cette prorogation de compétence

2254 Une décision rendue par le juge chargé de la protection des mineurs français illustre de manière frappante le contraste pouvant exister entre l'édiction des principes résultant des instruments européens, d'une part, et la réalité des dossiers, d'autre part.

En effet, usant de son pouvoir souverain d'interprétation, cette juridiction française de premier ressort a pu considérer que : « attendu que si l'enfant est titulaire de droits indivis sur des biens immobiliers situés dans le Tarn et présente de ce fait un lien avec la France, il n'apparaît pas que la compétence du juge français respecte l'intérêt supérieur de l'enfant dès lors d'une part que le juge des tutelles français ne dispose pas des éléments d'actifs de la succession de la défunte au Royaume-Uni [il disposait toutefois d'une attestation sur l'honneur du conjoint survivant, qui se trouvait également être le représentant légal du mineur que la masse successorale anglaise ne contenait aucun élément de passif] et d'autre part que la mission de surveillance de l'administration légale dévolue au juge des tutelles en

(617) Règl. Bruxelles II *bis*, art. 12-3, a) : « Les juridictions d'un État membre sont également compétentes en matière de responsabilité parentale dans des procédures autres que celles visées au paragraphe 1 lorsque l'enfant a un lien étroit avec cet État membre, **en particulier** que l'un des titulaires de la responsabilité parentale y a sa résidence habituelle ou que l'enfant est ressortissant de cet État membre ».

(618) CJUE, 19 avr. 2018, aff. C-565/16 : *JurisData* n° 2018-008191.

(619) Le terme « parents » est à préférer à l'expression « titulaire de la responsabilité parentale » par souci de rapidité et de pragmatisme.

(620) H. Péroz, *Compétence internationale en matière d'autorisation judiciaire de renonciation à une succession pour le compte d'un mineur : JCP* N 14 sept. 2018, 1278.

(621) *Ibid.*

vertu de l'article 388-3 du Code civil pourra être difficilement exercée dès lors que le père habite au Royaume-Uni ; Qu'il convient dès lors de se déclarer incompétent... » (622).

Pourtant en doctrine, il est indiqué que « la présence de biens appartenant à l'enfant peut aussi être considérée comme créant un lien étroit entre cet État et l'enfant, s'il s'agit de prendre des mesures de protection liées au patrimoine de l'enfant » (623).

Le renvoi à une juridiction d'un autre État membre, ainsi que la prorogation volontaire de compétence évoqués, il reste une dernière exception au principe général de la compétence du juge de la résidence habituelle de l'enfant à aborder : les cas d'application de Bruxelles II *bis* même dans des rapports entre un État membre et un État tiers.

III/ La reconnaissance de la compétence de Bruxelles dans une relation avec un État tiers

2255 Lorsque le mineur a sa résidence habituelle dans un État tiers à l'Union européenne, non lié par Bruxelles II *bis* ni par aucune des conventions internationales de La Haye n° 10 du 5 octobre 1961 et n° 34 du 19 octobre 1996, cet instrument européen doit alors s'appliquer de manière unilatérale (certains pourraient dire « de manière radicale »).

L'article 12-4 du règlement Bruxelles II *bis* prévoit en effet que : « Lorsque l'enfant à sa résidence habituelle sur le territoire d'un État tiers qui n'est pas partie contractante à la convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, la compétence fondée sur le présent article est présumée être dans l'intérêt de l'enfant notamment lorsqu'une procédure s'avère impossible dans l'État tiers concerné ».

Les raisons de cette disposition sont données au considérant 33, qui précise que le règlement reconnaît les droits fondamentaux et observe les principes consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union, et notamment le respect des droits fondamentaux de l'enfant énoncés à l'article 24 de la Charte.

Cette disposition fait l'objet à part entière d'une illustration au moyen du cas pratique suivant retiré d'un dossier.

Succession internationale franco-américaine en présence d'un mineur binational

M^me^ E., de nationalité française, résidente habituelle à White Plains, dans l'État du New Jersey, y est décédée le 6 février 2018, laissant à sa survivance :
- son conjoint, de nationalité russe, domicilié à White Plains (New Jersey), avec lequel elle était mariée depuis le 25 février 2002, sans contrat préalable ni *prenupts*, dans l'État du New Jersey, où le couple a toujours séjourné ;
- un enfant unique issu de cette union, mineur de seize ans au jour du décès, de nationalité franco-américaine (possédant une carte nationale d'identité française).

Dans le patrimoine successoral, figure notamment un bien immobilier situé en France, qui appartient en indivision à la *de cujus* avec son frère, à la suite d'une donation que leur père leur avait consentie en nue-propriété le 24 mai 2002.

(622) TGI Albi, ord. juge chargé des mineurs, 18 déc. 2013, inédit, juridiction saisie au vu des dispositions des articles 12-3 du règlement Bruxelles II *bis* dans toutes les conditions requises pour l'exercice de cette prorogation de compétence volontaire.

(623) E. Gallant, *Règlement Bruxelles II bis (Matières matrimoniale et responsabilité parentale) : Rép. dr. int.* Dalloz, n° 150. – N. Joubert : *JCl. International*, V° *Autorité parentale, Conflit de juridictions*, fasc. 549-2, n^os^ 45 à 48.

Dans ce dossier, deux problèmes principaux sont à soulever : le premier concerne le règlement de la succession, pour lequel le deuxième problème doit être réglé, s'agissant de la minorité de l'héritier.

Avant d'étudier les règles devant être appliquées compte tenu du fait de la minorité de l'enfant, il convient d'abord de comprendre en quoi cette question doit être réglée au regard de la succession.

Concernant la succession

Il ne sera ici abordé que de manière succincte les règles applicables au regard du règlement européen n° 650, étudié de façon approfondie par la troisième commission (V. *infra*, n°s 3386 et s.).

À défaut de *professio juris* (624), la loi applicable à la succession est celle du lieu de la dernière résidence habituelle de la défunte (625). L'État du New Jersey est un État tiers, appliquant en matière de succession le principe scissionniste (V. *infra*, commission 3, n° 3360), d'une part, et l'article 34 du règlement (UE) n° 650/2012 « Succession » acceptant alors le renvoi à la loi française, d'autre part, il résulte de tout ce qui précède que la loi successorale applicable au dossier pour le patrimoine immobilier français est la loi française.

L'option successorale relevant par ailleurs de la loi successorale (626), c'est par conséquent en vertu de la loi française que les héritiers – déterminés selon la loi française, soit le conjoint et l'enfant unique – doivent lever leur option successorale telle que prévue par la loi française, tandis que parmi les héritiers figure l'enfant mineur.

Concernant la minorité

Quant à l'autorité compétente

En France, depuis le 1er mars 2005, est entré en application le règlement Bruxelles II *bis*. En vertu de son article 8, la juridiction compétente pour connaître des questions de la responsabilité parentale est la juridiction de l'État membre de la résidence habituelle de l'enfant. Cependant dans ce dossier, le mineur est domicilié aux États-Unis.

Comment, dans ces conditions, déterminer l'autorité compétente pour connaître de l'autorisation habilitante indispensable au regard du droit français régissant l'option successorale dans ce dossier ?

Comment engager devant une juridiction américaine une procédure pour obtenir l'autorisation du juge à accepter la succession pour le compte de l'enfant mineur, lorsque, avant toute chose, le concept même d'option successorale est inconnu dans le New Jersey ?

Si l'article 8 est inapplicable à l'espèce (résidence habituelle dans un État tiers, non lié à Bruxelles II *bis*), il résulte cependant de l'article 12-4 de Bruxelles II *bis* que cet instrument s'applique lorsque l'État tiers avec lequel un État membre est en rapport n'est pas contractant à la Convention internationale de La Haye du 19 octobre 1996.

Si les États-Unis ont signé la Convention n° 34 de La Haye du 19 octobre 1996, ils ne l'ont pas actuellement encore ratifiée. Il en résulte que cet État tiers ne doit pas être considéré comme contractant à ladite convention.

Appliqué au dossier, le juge français, en tant que juge de l'une des nationalités que possède le mineur, d'une part, et en qualité de juge de l'État de situation des biens immobiliers, d'autre part (sous réserve de son pouvoir souverain d'interprétation, comme vu ci-dessus (V. *supra*, n° 2254) devrait par conséquent se reconnaître compétent.

Bien qu'il n'existe aucune règle de droit interne déterminant le ressort territorial de la juridiction compétente en matière internationale, mais en toute logique, le juge français compétent serait soit celui du lieu de l'office notarial (dans le Tarn), soit celui du lieu de situation des immeubles (Alpes-Maritimes).

Eu égard aux décisions ayant déjà pu être rendues par la juridiction tarnaise, il sera plus prudent de solliciter la juridiction de lieu de situation des biens immobiliers, soit le tribunal de grande instance de Grasse.

(624) Règl. (UE) n° 650/2012, art. 22.
(625) Règl. (UE) n° 650/2012, art. 21-1.
(626) Règl. « Successions », art. 23-2.

Quant à la loi applicable
Bien que cette question ne semble pas tranchée en doctrine, il semble pertinent de voir appliquer le principe de coïncidence des compétences législatives et juridictionnelles sur lequel repose la Convention de La Haye du 19 octobre 1996, et espérer ainsi que le juge français, qui accepte de se reconnaître compétent, accepte de rendre sa décision au vu du droit français, par analogie avec les dispositions des articles 15-1 et 15-2 de la convention de La Haye étudiés plus haut (V. *supra*, nos 2229 et s.).
Il résulte de tout ce qui précède que :
- le juge compétent est le juge français (627) ;
- le juge applique la loi française (principe de convergence entre autorité judiciaire et loi applicable de la Convention de La Haye no 34) ;
- le notaire en charge du dossier de succession franco-américain en présence d'un enfant mineur résidant avec son père aux États-Unis pourra voir versée au dossier, conformément à la loi successorale française, loi applicable à ce dossier, l'autorisation d'accepter la succession pour le compte du mineur conformément à l'article 387-1-5o du Code civil.

CHAPITRE III Les personnes physiques : plurinationalité

2256 Il est assez courant en pratique que l'une des parties au contrat jouisse d'une double, voire d'une triple nationalité. Situation somme toute fréquente et peu troublante.

Faut-il indiquer dans les actes notariés l'existence des différentes nationalités ou se contenter d'inscrire la nationalité française si la personne possède celle-ci ? Les logiciels informatiques en usage dans la profession ne proposent pas cette possibilité, mais cela ne doit naturellement pas constituer un frein à la réflexion sur le sujet. Quel serait l'intérêt d'une telle mention ?

Section I Civilement

2257 La loi traitant de la capacité d'un individu est la loi nationale de l'intéressé, selon la règle de conflit en la matière : on applique la loi de l'État dont l'individu porte la nationalité. En présence d'une partie possédant plusieurs nationalités autres que la nationalité française (628), on est en droit de choisir entre les lois de ces États. Le rédacteur du contrat doit donc indiquer clairement le choix effectué parmi celles-ci.

Cas pratique

Il faut imaginer qu'un ressortissant ayant la double nationalité écossaise et sud-africaine veut acheter une maison à l'âge de dix-sept ans. La majorité en Écosse est à partir de seize ans, et en Afrique du Sud à dix-huit ans.
Dans ce cas particulier, il est impossible d'appliquer cumulativement les deux lois nationales qui ont pourtant toutes deux vocations à régir la capacité. On comprend alors l'utilité d'indiquer la préférence de rattachement à l'Écosse, pays attribuant la majorité à seize ans afin d'éviter de

(627) Règl. Bruxelles II *bis*, art. 12-4.
(628) La nationalité du *for* prévaut en principe systématiquement.

demander une autorisation spéciale. À défaut de le préciser, la jurisprudence fait prévaloir la nationalité du *for* sur les nationalités étrangères, ou en l'absence de nationalité du *for*, celle qui serait la plus effective (629).

Il est d'autant plus important de rattacher la capacité à l'une des lois nationales qu'en présence d'actes cumulatifs, il pourrait y avoir un conflit mobile. Il faut rappeler qu'un conflit mobile est le cas complexe d'une succession de rattachements. Dans ce cas particulier, le rattachement proposé par la règle de conflit (qui elle ne change pas) se modifie dans le temps, emportant la modification de la loi désignée par celle-ci. C'est le cas d'un individu ayant signé un contrat, dont la capacité doit être appréciée en application de sa loi nationale ; quelle loi convient-il d'appliquer si un changement de nationalité est intervenu depuis la conclusion du premier contrat ? Pour parer à cette difficulté, il est conseillé de figer la situation dans l'acte en indiquant clairement la volonté des parties contractantes.

D'autre part, concernant la détermination du régime matrimonial, pour les mariages entre le 1er septembre 1992 et le 29 janvier 2019, en application de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, il faut, en l'absence de choix exprès de la loi applicable, déterminer les chronologies des résidences habituelles successives des époux et des acquisitions successives des nationalités de chacun d'eux. L'indication des nationalités des époux intervenant à l'acte (630) permettra de vérifier l'existence d'une nationalité commune. En effet, dans un tel cas, on aura la prudence de vérifier avec encore plus d'attention que le régime matrimonial indiqué par le client et mentionné par le notaire au contrat est exact.

Conseils pratiques

On vérifiera :

- d'une part, qu'en l' absence de première résidence habituelle commune et en présence de nationalités identiques, la loi applicable au régime est celle de l'État de la nationalité partagée des époux (631) ;
- d'autre part, en cas de première résidence habituelle commune et de nationalité commune, si le régime est celui de l'État de la nationalité commune et non celui de la première résidence commune (cas des époux néerlandais, sans autre nationalité commune).

De plus, en cas de déménagement avec convergence de la résidence et de la loi nationale commune, il y aura mutabilité automatique de la loi applicable, impliquant un changement de régime légal (632).

(629) Lorsque les deux nationalités en cause sont étrangères, il convient de faire prévaloir la plus effective. En l'occurrence, et à défaut de désignation de choix de nationalité dans l'acte, la loi sud-africaine serait peut-être la plus effective, et nous oblige à vérifier les pouvoirs du représentant légal.

(630) Dans l'idéal, il faudra indiquer la date d'obtention de la nationalité, car la détermination du régime matrimonial applicable se détermine en combinant les critères de résidence et de nationalité au moment des déménagements (la mutabilité peut alors être immédiate ou se produire à l'issue d'un délai de dix ans).

(631) Cf. Conv. La Haye 14 mars 1978, art. 4, al. 2-3°.

(632) Cf. Conv. La Haye 14 mars 1978, art. 7, al. 2-1°.

Section II Fiscalement

2258 Indiquer la nationalité des parties ne semble plus avoir d'intérêt en France, car le principe d'imposition sur le territoire est lié aux notions de domicile fiscal ou de source de revenus.

Depuis la réforme réalisée par la loi n° 76-1234 du 29 décembre 1976 (633), on ne fait plus référence aux autres notions telles que celles de résidence « habituelle » et de nationalité qui ont été abandonnées.

Dans un cadre international, la fiscalité applicable dans les pays étrangers doit nous intéresser et interpeller le notaire. Elle aura un impact sur les opérations (même si l'acte semble ne pas avoir de résonance internationale). Il faut par conséquent attirer l'attention des parties sur la fiscalité étrangère et indiquer les nationalités des cocontractants si ces dernières ont une incidence sur la taxation de l'opération (à l'étranger). Tel serait le cas pour les pays ayant un principe d'imposition lié à la nationalité de ses ressortissants (cf. notion de territorialité, *infra*, n^{os} 2428 et s.).

Exemple

À ce titre, il est possible de citer la Suède et les États-Unis.
En effet, aux États-Unis la citoyenneté est un critère d'assujettissement en matière d'impôts sur les successions, sur les donations, ou encore sur les revenus.
Ce pays a créé un droit de suite à l'encontre des personnes qui ont abandonné leur citoyenneté pour des motifs fiscaux, ou qui ont quitté le territoire des États-Unis (pendant une période de dix années à compter de leur renonciation à leur citoyenneté ou de leur départ des États-Unis).
Ce droit de suite est contenu dans l'avenant du 8 décembre 2004 à la convention franco-américaine en matière de successions et donations.
Mettre en place ce processus auprès de nos collaborateurs (consistant à indiquer les nationalités des parties dans nos actes) permettra de délivrer, au moment de la signature des actes, un conseil plus pertinent.
Il ne s'agira pas de traiter de la fiscalité à l'international, mais d'indiquer son éventuelle interférence et d'inviter le client à consulter un fiscaliste étranger.

D'autre part cette précision va permettre, en présence de parties possédant la nationalité d'un des pays figurant sur la liste des États non coopératifs, d'effectuer un contrôle particulièrement approfondi sur l'origine des fonds et d'informer le client sur les dispositions et majorations d'imposition applicables (634).

CHAPITRE IV Les personnes physiques : indication du régime matrimonial

2259 Le notaire se doit de mentionner le type de régime matrimonial applicable aux époux mariés parties aux actes qu'il reçoit. Comment le notaire s'acquitte-t-il de cette tâche **(Section I)** ? Et quelle serait la pratique la plus appropriée **(Section II)** ?

(633) Commentée par l'administration au BOI-IR-CHAMP-10.
(634) BOI-INT-DG-20-50-20140211.

Section I Constat d'une pratique notariale actuelle

2260 À la lecture des actes en circulation, on peut constater que certains notaires, soit parce qu'ils ignorent le régime applicable aux parties mariées à l'étranger, soit par prudence, choisissent de ne pas indiquer le type de régime matrimonial applicable aux parties. Dans ce cas particulier, ils se limitent aux mentions de l'existence d'un mariage, de sa date et du lieu de l'union. Ce choix de rédaction de l'acte a le mérite de limiter le risque d'erreurs, mais laisse cependant supputer que l'analyse des pouvoirs des époux en matière matrimoniale, et plus particulièrement sur les droits notamment de disposer ou de donner en garantie, n'a peut-être pas été vérifiée. Dans le cadre d'un achat payé comptant et régularisé par les deux époux, cette solution peut être retenue, mais en cas d'emprunt ou de vente il est déconseillé de faire perdurer cette pratique.

D'autres actes indiquent que les époux se sont mariés à l'étranger et mentionnent le régime. Cette solution est-elle la bonne pratique ? Exemple : « M. et Mme Smith, mariés en premières noces à Londres sous le régime de la séparation de biens, aux termes de leur union célébrée en date du 1er janvier 1989 ». Parfois il est même indiqué « en vertu des articles 1536 et suivants du Code civil ».

L'exercice est toutefois périlleux. Le notaire qui se prononce si précisément sur le régime matrimonial des comparants prend le risque de relayer des déclarations approximatives de ses clients et d'ignorer par conséquent des changements de rattachement, des cas de mutation automatique, etc. Peut-être est-il parfois plus sage, lorsque la détermination du régime matrimonial n'est pas indispensable au traitement du dossier (par ex. lors d'une acquisition immobilière), de se contenter d'une approche simplifiée, mais plus appropriée.

Section II La pratique qui semble la plus appropriée

2261 La grande majorité des notaires l'utilise : celle-ci consiste à indiquer *a minima* que les époux se sont mariés dans tel pays, à telle date, et sous le régime légal de ce pays. Il peut être ajouté que ce dernier est comparable, par exemple, au régime de la séparation de biens ou de la communauté réduite aux acquêts.

Toutefois, il convient de distinguer les pays dans lesquels le concept de régime matrimonial existe de ceux dans lesquels ce concept n'existe pas, comme par exemple les pays anglo-saxons.

Illustrations

En présence de couples soumis à une loi anglo-saxonne

M. et Mme Smith, mariés en premières noces à Londres le 1er janvier 1989, sans désignation de loi ni de contrat préalable (ni *prenuptial agreement*).

En conséquence, les époux Smith sont soumis au régime légal anglais comparable au régime de la séparation de biens.

En effet, le système juridique anglais ne connaît pas le concept de régime matrimonial, de sorte que les époux, en célébrant leur union, conservent leur capacité et leur pouvoir d'administration et de disposition de manière exclusive et autonome. C'est la raison pour laquelle il conviendrait de stipuler dans l'acte un régime « comparable » à celui de la séparation de biens pure et simple.

Cependant, la portée de cette assimilation peut se trouver limitée selon le pouvoir souverain d'interprétation des cours anglaises. En effet, l'absence de principe légal de la notion de régime

matrimonial anglais laisse toute latitude aux juges de définir eux-mêmes, sans aucune référence législative, les modalités de distribution et de partage des biens acquis par les époux, pourtant mariés sans contrat.
Par conséquent plusieurs formulations sont possibles :
1/ Monsieur et Madame Smith étant mariés en premières noces à Londres le 1er janvier 1989, union soumise à la loi anglaise, à défaut de dispositions conventionnelles, ainsi déclaré ;
2/ Monsieur et Madame Smith, étant mariés en premières noces à Londres le 1erjanvier 1989, union soumise à la loi anglaise à défaut de dispositions conventionnelles, comparable au régime de la séparation de biens pure et simple.

En présence de couples soumis à une loi connaissant le concept de régime matrimonial

Tel sera le cas pour les pays de droit latin.
Dans un tel cas, il est conseillé d'indiquer dans la formulation la nature du régime matrimonial tel que défini par la disposition légale du pays concerné que l'on peut retrouver sur les sites « coupleseurope.eu » pour les ressortissants d'un État membre de l'Union européenne ou « uinl.org » pour les ressortissants non membres.
Formulation possible :
1/ Monsieur et Madame Enrico étant mariés en premières noces à Rome, le 1erjanvier 1989, sous le régime légal italien de la communauté de biens défini aux articles 159 et suivant du Code civil italien, ainsi déclaré.

En cas d'acte de disposition et de certains actes de gestion, il faudra, pour s'assurer des droits respectifs de chacun des époux, selon les cas d'espèce et les enjeux en présence, solliciter soit un certificat de coutume, soit un *legal opinion*. L'utilisation du vocable « comparable » paraît pertinente à plus d'un titre :
- en premier lieu, compte tenu du fait de l'absence conceptuelle du régime matrimonial dans certains pays de *common law* ;
- en second lieu, compte tenu des particularités pouvant exister dans des régimes matrimoniaux définis pourtant sous la même terminologie, mais utilisant des modalités parfois distinctives, ainsi qu'il va être démontré dans les exemples qui suivent :

En pratique

En droit allemand, le régime matrimonial légal est celui de la participation réduite aux acquêts. Ce régime est nommé également, mais improprement, « communauté différée des augments » (car il n'y a pas de communauté).
En Allemagne, le patrimoine originaire de chacun des époux comprend deux éléments (635) :
- le patrimoine au moment de l'entrée en application du régime (*i.e.* tout ce chacun des époux possède au moment du mariage) (BGB, § 1371, al. 1) ;
- les biens acquis par chacun des époux, par donation ou pour cause de mort après l'entrée en application du régime (BGB, § 1372, al. 2).

Pour pouvoir comparer le patrimoine originaire (PO) avec le patrimoine final (PF), la valeur du PO est calculée en tenant compte du taux d'inflation. Ceci n'est pas expressément prévu par la loi, mais résulte de la jurisprudence constante. Ledit calcul se fait en utilisant l'indice général des prix à la consommation (www.destatis.de) de l'année concernée.
On peut faire un inventaire descriptif (BGB, § 1377) au moment du contrat et l'annexer à l'acte, mais on peut également faire l'inventaire du PO après le mariage. Pour ces biens, il est possible de prévoir dans le contrat un taux d'inflation (qui reste toujours le même taux quelle que soit la nature des biens).

(635) BGB (*Burgerliches Gesetzbuch*), § 1374 (Code civil allemand).

Régime de la preuve (BGB, § 1377) : chacun des époux doit prouver le montant de son PO ; s'il n'y parvient pas, il est présumé n'avoir jamais détenu de PO et son patrimoine final correspond alors à ses acquêts.
Les dettes doivent cependant être déduites du PO, et ce faisant, elles peuvent le rendre négatif (inférieur à zéro) (BGB, § 1374, al. 3).
Seule la valeur du PO importe pour la péréquation, et en aucun cas sa composition exacte.
En effet, peu importe par conséquent de ce qu'il advient des biens ayant composé le PO par la suite.
Par exemple, si l'un des époux est propriétaire de terres agricoles qui deviennent par la suite constructibles, la plus-value économique tombera dans les acquêts du régime.
En droit néerlandais jusqu'au 1er janvier 2018, les époux mariés sans contrat préalable à leur union aux Pays-Bas, où ils ont installé leur première résidence habituelle, étaient soumis au régime légal de la communauté universelle.
Ce régime matrimonial néerlandais, bien qu'assimilé à celui de la communauté universelle de droit français, en diffère selon ses règles de gestion, d'administration et de disposition reconnues aux époux séparément.
Par exemple, en vertu de l'ancien article 96 du Code civil néerlandais, lorsqu'un seul des époux faisait entrer un bien dans la communauté, les pouvoirs de disposition sur ce bien lui étaient pleinement reconnus, ce qui lui permettait, par conséquent, de vendre cet acquêt de communauté sans l'autorisation de son conjoint.
Cette précision s'applique toujours pour tous les mariages légaux célébrés aux Pays-Bas avant le 1er janvier 2018.

SOUS-TITRE II

Les autres entités ou institutions originales

CHAPITRE I Les personnes morales

Il existe plusieurs catégories de personnes morales de droit privé : en droit français on distingue les sociétés, les associations, les syndicats, les groupements d'intérêt économique et les fondations. La société étant le type le plus courant, on limitera la présente étude à celle-ci. Ne sera développée que l'étude des sociétés revêtues de la personnalité morale (636). **2262**

La société jouit de la personnalité juridique. En présence d'une société étrangère, on s'interroge sur sa condition en France. Peut-elle exercer en France telle activité ? Quelle sera sa nationalité ? Doit-on lui reconnaître la personnalité juridique ? Et en application de quelles règles son fonctionnement doit-il être assuré ?

Pour répondre à ces questions, on étudiera successivement les étapes de la constitution des sociétés **(Section I)**, leur condition **(Section II)** et leur fonctionnement **(Section III)**. Enfin, nous rappellerons le processus qui doit être mis en place par les notaires à l'occasion de la comparution d'une société étrangère **(Section IV)**.

(636) Ne seront pas traitées les sociétés ne pouvant jouir de la personnalité morale, comme la société en participation en droit français et les sociétés créées de fait, la question de la loi applicable à ces groupements sans personnalité morale relevant de la *lex contractus*.

Section I La constitution des sociétés

2263 La reconnaissance par un État d'une société qui réside sur son territoire consiste à admettre que cette société a la personnalité morale et qu'elle a été valablement constituée dans un autre État. À défaut de reconnaissance, la société ne pourrait effectuer aucun acte juridique sur le territoire qui ne l'a pas reconnue et ne pourrait donc s'y établir. L'enjeu de la reconnaissance se définissant comme « l'autorisation d'exercer une activité » sur le territoire de cet État (637).

En principe, la personnalité juridique des sociétés étrangères est reconnue de plein droit en France pour les sociétés de personnes étrangères. Cette solution se fonde sur l'article 11 du Code civil qui subordonne la jouissance des droits civils à la réciprocité diplomatique.

Pour les sociétés de capitaux, depuis l'abrogation de la loi du 30 mai 1857 intervenue dans l'article 27 de la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit, toutes les sociétés de capitaux émanant d'autres États sont reconnues en France.

La reconnaissance d'une société comme personne morale dépend toutefois de la régularité de sa constitution. Il faut distinguer entre celles qui sont constituées en France **(Sous-section I)** ou à l'étranger **(Sous-section II)**.

Sous-section I Constitution en France

2264 Une société constituée en France en respect des règles posées par le droit français acquiert la personnalité morale à compter de son immatriculation : l'article 1837, alinéa 1er du Code civil dispose que : « Toute société dont le siège social est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française » , et qu'en vertu de l'article 1842, alinéa 1er du même code, les sociétés jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation.

Peu importe que certains des associés soient des étrangers : la loi française le permet (638). Toutefois, en application de l'article R. 313-16 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, les dirigeants ou associés étrangers doivent être titulaires d'une carte de séjour s'ils exercent une activité nécessitant une immatriculation au registre du commerce et des sociétés.

Pour être immatriculée en France, la société doit y avoir son siège statutaire.

Il faut distinguer le siège statutaire du siège social réel. En effet, une société ayant son siège statutaire en France peut parallèlement avoir son siège social réel à l'étranger si le centre des décisions est pris en dehors du territoire français.

Cette situation n'est pas interdite. En revanche, l'immatriculation en France d'une société avec un siège statutaire hors de France n'est pas possible. Exceptionnellement l'immatriculation en France d'une société dont le siège statutaire est à l'étranger est possible si elle exerce en France une activité et si celle-ci est postérieure à sa constitution dans l'État étranger.

Cette immatriculation est réalisée à des fins de publicité (639).

(637) P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 2007, nos 1053 et s.

(638) Il existe toutefois certaines restrictions : notamment une obligation de déclaration si l'investissement dépasse un seuil ou d'autorisation préalable si l'activité est sensible (type jeux d'argent).

(639) En vertu de l'article R. 123-35 du Code de commerce, la société dont le siège est situé à l'étranger doit demander son immatriculation au registre du commerce et des sociétés au greffe du tribunal dans le ressort duquel est ouvert son premier établissement en France (à ne pas confondre avec la notion de principal établissement).

Sous-section II Constitution à l'étranger

Une société valablement constituée à l'étranger selon la loi locale est-elle automatiquement reconnue comme telle en France ? Pour répondre à cette question de la reconnaissance des personnes morales, il faut se placer soit selon les solutions proposées en termes de conflit de lois **(§ I)**, soit en application de la méthode de la reconnaissance **(§ II)**. **2265**

§ I Méthode conflictuelle

Cette méthode de droit international privé pose le principe selon lequel, par extension de la règle posée par l'article 1837, alinéa 1er du Code civil, toute société dont le siège social est situé sur un territoire étranger est soumise aux dispositions de la loi étrangère. **2266**

Exemple

Une société dont le siège social est en Italie ne pourra être valablement constituée qu'en application du droit italien.

On tire de cette méthode deux conséquences :

1. **si le siège statutaire est en France :** la société ne peut être constituée à l'étranger. Selon le point de vue français, dans un tel cas la société ne saurait être reconnue. Cette position ferme la porte à une éventuelle possibilité de mise en œuvre du principe de l'autonomie en matière de constitution des sociétés. Lorsque les associés souhaitent échapper à la loi d'un pays, ils ont la possibilité de créer la société dans un autre pays et d' y fixer le siège statutaire, alors que le siège réel se situera dans le premier pays. Cette manœuvre permet de constituer une société sous les auspices plus intéressants d'une loi étrangère. Dans un tel cas, le droit positif français refuse de reconnaître la validité d'une telle société. Elle serait considérée comme frauduleuse ;
2. **si le siège statutaire de la société est à l'étranger :** la société est reconnue seulement si elle a été constituée dans le pays du lieu de son siège social et en application de la loi locale.
   En pratique, en matière de sociétés anonymes étrangères, la reconnaissance était soumise à une condition supplémentaire tenant à l'existence d'un décret pris en Conseil d'État. Elles ne pouvaient ester en justice en France dans le cadre de la défense de leurs intérêts et de leurs biens, car elles n'étaient pas visées par ce décret. La Cour de cassation a fait prévaloir l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme afin d'autoriser ces sociétés à ester en justice en France (640).

Cette approche issue de la méthode conflictuelle est aujourd'hui discutée par une partie de la doctrine qui considère désormais qu'il est préférable d'utiliser la méthode de la reconnaissance notamment, en lien avec l'ordre juridique européen.

§ II Méthode de la reconnaissance des situations

Cette méthode, sous l'influence des règles supranationales, tend à progresser car elle est plus adaptée aux problématiques existantes. En effet, ces règles imposent parfois de reconnaître les sociétés régulièrement constituées à l'étranger **(A)**, ou exigent une adaptation de la **2267**

(640) Cass. com., 8 juill. 2003, nº 00-21.591 : *JurisData* nº 2003-019940 ; *D.* 2004, p. 692, note G. Khairallah.

méthode de la reconnaissance à certaines situations afin de permettre des solutions plus adaptées **(B)**.

A/ La reconnaissance imposée par les règles européennes

2268 Le principe posé par le traité de Rome est celui de la reconnaissance pleine et entière des sociétés valablement constituées sur le territoire d'un État membre. Cependant, le traité de Rome laisse aux États le soin de fixer le critère de rattachement de ces sociétés : la diversité est donc présente.

On peut ainsi dresser un état des lieux des règles applicables :

I/ La règle française : lieu du siège social

La règle française prévoit qu'une société est valablement constituée dès lors qu'elle a été constituée dans le pays du lieu de son siège social. Celle-ci est partagée par d'autres pays en Europe, notamment par l'Allemagne et le Danemark.

II/ La règle de l'incorporation : lieu du pays d'enregistrement

D'autres pays européens considèrent que la société doit être constituée selon les règles du pays d'enregistrement (*i.e.* les règles de l'État où les formalités de constitution sont effectuées quel que soit l'endroit du siège). Il s'agit de la **théorie dite « de l'incorporation »** (641).

Dans ce cas, on accepte qu'une société puisse être constituée et immatriculée dans un État alors que son siège social serait situé à l'étranger. Cette théorie est utilisée notamment aux Pays-Bas, en Suisse et plus généralement dans les pays de *common law* (642). Ce système plus libéral favorise la loi d'autonomie.

En effet, les constituants maîtrisent dans la durée la loi applicable à leur société.

Exemple

M. Paris est Français, il souhaite constituer une société avec son ami chinois M. Pékin. Ils veulent constituer la société So Net et la soumettre à la loi de l'État du Delaware, aux États-Unis. Le siège effectif sera en France. Les deux associés ont convenu que M. Pékin conserve l'intégralité des bénéfices.
Le Delaware reconnaît le principe de l'incorporation. Sa législation est particulièrement libérale. Ils constituent la société dans l'État du Delaware pour échapper à la prohibition des clauses léonines en France (643).

La divergence de traitement de la reconnaissance des sociétés au sein des pays de l'Union européenne selon le droit international privé des États a pour effet de reconnaître certaines des sociétés du point de vue d'un État alors qu'elle ne le serait pas pour un autre.

(641) C'est le mode d'acquisition de la personnalité morale fondée sur la seule exigence d'un enregistrement par l'autorité publique conformément aux prescriptions de la *lex auctoris* (aucune condition relative à la compétence internationale de cette autorité n'est posée) : définition proposée par S. Clavel, *Droit international privé*, Dalloz, 4e éd. 2016, p. 542.

(642) Il faut parfois, en sus, un rattachement économique pour que cette incorporation soit possible : tel est le cas de l'Angleterre et la Suisse. En ce sens T.H. Tröeger, *Choice of jurisdiction in european Corporate Law. Perspectives of European Corporate Governance*, EBOR, 6 : 1, 2005, p. 3 et s. ; cité par T. Mastrullo *in Le droit international des sociétés dans l'espace régional européen*, PUF, 2009, p. 459, no 1049.

(643) Exemple cité par J. Gaste et X. Ricard : *JCP* G 6 juin 2014, no 23, p. 54.

On comprend que cela puisse être restrictif au principe de reconnaissance mutuelle.

Certains critères (notamment ceux retenus par la France) créent aux yeux de l'Europe une entrave à la liberté d'établissement.

La Cour de justice de l'Union européenne a jugé qu'une société régulièrement constituée du point de vue de la législation d'un État membre doit être reconnue dans l'espace de l'Union européenne. Cette société doit pouvoir y exercer son activité. L'obligation pour les États membres, fondée sur les principes de liberté d'établissement et de non-discrimination, de reconnaître les sociétés régulièrement constituées dans les autres États membres, nonobstant l'éventuelle irrégularité de ces sociétés au regard de leurs propres règles de conflit, a été affirmée par l'arrêt *Centros* (644) et confirmée depuis. Ces arrêts posent le principe d'autonomie que le droit international privé français avait écarté.

Il existe toutefois des limites : celle de la liberté de rattachement, par un État, d'une société à son propre ordre juridique. En effet, une société reconnue souhaitant transférer son siège dans l'un des États de l'Union européenne peut rencontrer des difficultés ; celui-ci n'est pas tenu d'enregistrer cette société ou de conserver son enregistrement.

Exemple

Exemple consacré par l'arrêt *Cartésio* (645) : une société a été régulièrement constituée en Hongrie. Ce pays retient le principe du siège social réel. Elle souhaite transférer son siège social en Italie, mais souhaite également conserver son statut de société hongroise et rester par conséquent immatriculée en Hongrie. Cet arrêt retient le principe selon lequel l'État hongrois n'a pas l'obligation d'accepter de maintenir sur le registre des sociétés hongroises une société qui, si elle avait lors de sa constitution selon le droit hongrois son siège social réel sur le territoire hongrois, ne remplit plus cette condition en conséquence d'un transfert de ce siège en Italie.

B/ Adaptation de la méthode de la reconnaissance à certaines situations

2269 Cette adaptation consiste à considérer qu'une société existant à l'étranger est reconnue dans l'ordre juridique du *for* pour peu que cet alignement ne soit pas inacceptable en raison d'une fraude des parties (*i.e.* qu'une société étrangère est reconnue du point de vue de l'ordre juridique français dès qu'elle est reconnue par cet ordre juridique étranger. Par conséquent, le juge français n'a pas à apprécier l'exactitude du siège social d'une société étrangère) (646).

Section II La condition des sociétés

2270 Après l'étape de la constitution qui a permis à la société d'acquérir la personnalité morale, il convient de s'interroger sur les droits attachés à cette personnalité juridique. Ces droits dépendent de la nationalité de la société. Or, le droit positif révèle une convergence des droits octroyés entre les sociétés françaises et les sociétés étrangères. Malgré cette tendance, les sociétés ne jouissent pas exactement des mêmes droits en fonction de leur nationalité.

(644) CJCE, 9 nov. 1999, *Centros : Rev. sociétés* 1999, 386, note G. Parléani ; *JDI* 2000, 482, note M. Luby.
(645) CJCE, 16 déc. 2008, *Cartésio : Rev. crit. DIP* 2009, 548, note J. Heymann.
(646) Cass. com., 21 oct. 2014, n° 13-11.805 : *RTD com.* 2015, n° 103, chron. A. Constantin.

Par conséquent, étudions les règles d'attribution de la nationalité aux sociétés **(§ I)** et aux groupes **(§ II)**, puis les conséquences attachées à la nationalité des sociétés **(§ III)**.

§ I Attribution de la nationalité aux sociétés

2271 Aujourd'hui, la légitimité et l'existence de la nationalité des sociétés ne sont plus contestées. Au début du XXe siècle, la controverse était cependant vive.

Si la nationalité doit être entendue comme « le lien qui unit une personne à un État » (647), quels sont les critères qui permettent son attribution ?

La société est rattachée à un ordre juridique. Une fois constituée en application des règles d'un État, elle en acquiert la nationalité. Celle-ci diffère de la loi applicable à la société.

La nationalité des sociétés dépend principalement en France du critère de la localisation de leur siège social réel, présumé être le siège social statutaire.

La théorie du siège social impose que l'on distingue le siège social statutaire **(A)** du siège social réel **(B)**.

A/ Le siège social statutaire

2272 Le siège social statutaire est le lieu indiqué dans les statuts. Celui-ci confirme le pays d'exécution des formalités. En pratique, il existe peu de différences avec la théorie de l'incorporation ci-avant étudiée. En effet, il existe une tendance pour les pays usant de la méthode de l'incorporation à imposer que la société établisse son siège social dans l'État de sa constitution. Le siège statutaire est normalement le siège réel, dans une telle hypothèse la société acquiert cette nationalité. En cas de discordance entre le siège statutaire et le siège réel, alors la nationalité de cette société devrait être celle de l'État où la société à son siège réel.

B/ Le siège social réel

2273 Le siège social réel est le lieu du principal établissement.

Parfois on le dénomme sous le terme « siège réel ». Ce siège doit cumuler deux caractéristiques : il doit être réel **(I)** et sérieux **(II)**.

I/ Caractère réel

2274 Plusieurs critères, dont ceux de la direction effective ou du contrôle, permettent à la jurisprudence française d'établir le caractère réel.

Le critère de la direction effective impose de prendre en considération le lieu où fonctionnent les organes dirigeants de la société (le lieu des conseils d'administration (648) ou du centre des décisions) et une éventuelle subordination économique à une autre personne morale.

(647) L. Mazeaud, *La nationalité des sociétés : JDI* 1928, p. 30.

(648) En cas de réalisation de réunion des conseils d'administration dans des lieux différents, la jurisprudence recourt à la méthode du faisceau d'indices : en ce sens CA Paris, 19 mars 1992 : *Bull. Joly Sociétés* 1992, § 245, p. 759, note Y. Reboul.

La direction effective s'analyse au regard tant des secteurs de direction juridique, financière, administrative, technique que commerciale. En cas d'éclatement entre plusieurs pays et de convergence du lieu du siège statutaire avec des indices de direction vers ce même pays, cela caractérisera le siège social (649).

Le critère du contrôle consiste à attribuer à la société la nationalité des détenteurs majoritaires du capital. Cette notion a été développée à la suite des deux guerres mondiales en distinguant le rattachement soit juridique, soit économique (650). L'utilisation de ce critère de contrôle en période de guerre avait pour objectif de traverser le filtre de la personnalité morale de la société pour atteindre les individus qui la dirigeaient.

Exemple d'attribution de la nationalité par application du critère du siège réel

La société Council est immatriculée à Londres. Les associés sont les membres de la même famille, Vincent le père, François le fils et Paule la fille. Seule Paule habite Londres. Les autres ont leur résidence à Paris. Vincent est le président de la société. François tient la comptabilité. Les décisions d'assemblée ont toujours lieu à Paris, Paule se déplace à chaque fois. La société est de nationalité française (651).

II/ Caractère sérieux

Celui-ci permet de sanctionner la société constituée à l'étranger dans le but principal d'éviter la loi française. **2275**

Exemple de société ne remplissant pas le critère du caractère sérieux

M. Dumaire procède à la création d'une société à Chypre. Elle est soumise à la théorie de l'incorporation et constituée sous la forme d'une *Private Limited Company*. M. Dumaire signe une convention de domiciliation avec une société ayant son siège à Chypre. M. Dumaire réside à Lyon où il exerce son activité. L'administration fiscale française a la possibilité d'opposer le siège réel et sérieux à M. Dumaire. Elle peut soumettre la société à la loi française (652).

§ II Attribution de la nationalité aux groupes

En matière de nationalité des groupes de sociétés, l'idée d'une nationalité unique pour toutes les sociétés d'un même groupe a été émise (653). Selon un auteur (654), il est impossible de reconnaître aux groupes la nationalité, car c'est un attribut de la personnalité juridique. Les groupes n'ont pas de personnalité morale (655). **2276**

(649) Cass. com., 24 nov. 1982 : *JCP* G 1983, IV, 50.
(650) En ce sens Cass. req., 20 juill. 1915, *Lenzbourg : DP* 1916, p. 144.
(651) Exemple cité par J. Gaste et X. Ricard : *JCP* G 6 juin 2014, n° 23, p. 54.
(652) Exemple cité par J. Gasté et X. Ricard : *JCP* G 6 juin 2014, n° 23, p. 56.
(653) B. Goldman, *La nationalité des sociétés dans la Communauté économique européenne*, Travaux comité fr. DIP 1996-1969, p. 240 et s.
(654) M. Menjucq : *JCl. Droit international*, Fasc. *Synthèse-commerce international : société*.
(655) En ce sens Cass. com., 2 avr. 1996, n° 94-16.380 : *JurisData* n° 1996-001319.

§ III Conséquences attachées à la nationalité des sociétés

2277 De la nationalité française ou étrangère d'une société dépend sa condition. Celle-ci peut entraîner des différences de traitement, tant en matière de protection diplomatique **(A)** que pour la reconnaissance et pour l'exercice des droits économiques **(B)**.

A/ Protection diplomatique

2278 Une société ne peut jouir de la protection diplomatique que du seul État dont elle a la nationalité. Cette question a donné lieu à deux décisions de la Cour internationale de justice de La Haye (656).

B/ Reconnaissance des attributs de la personnalité et exercice des droits économiques

2279 En France, les sociétés étrangères profitent presque des mêmes droits privés que les sociétés françaises. La jurisprudence a posé le principe selon lequel : « Les étrangers jouissent en France des droits qui ne leur sont pas spécialement refusés » (657). Cette limitation ne s'impose pas si les sociétés bénéficient d'un traité international bilatéral ou multilatéral conclu entre leur État national et la France. Définir la nationalité d'une société permet de lister les traités internationaux qu'elles peuvent invoquer.

Attention en matière fiscale

Il y aura lieu d'appliquer la convention telle que déterminée par la notion de résident conventionnel. Cette notion de résident est souvent définie par le siège de direction effective de la société. En pratique, la nationalité de la société correspondra très souvent à l'État de résidence au sens conventionnel. Toutefois, il faudra rester très attentif et ne pas considérer qu'une société possédant telle nationalité peut revendiquer l'application d'une convention fiscale conclue entre l'État dont elle possède la nationalité et la France.

Le droit d'exercer une activité commerciale régulière sur le territoire français est de moins en moins lié à la nationalité de la société. Particulièrement en ce qui concerne les sociétés ressortissantes d'États membres de l'Union européenne qui sont assimilées aux sociétés nationales. L'évolution du droit positif va dans le sens d'une équivalence des droits civils et commerciaux entre les sociétés quelles que soient leurs nationalités.

Toutefois les sociétés étrangères, comme toutes les personnes étrangères, peuvent voir leur activité économique limitée ou réglementée sur le territoire. Par exemple, il existe des domaines d'activité qui nécessitent pour les sociétés étrangères l'obtention d'une autorisation préalable (tel est le cas en matière d'activités de sécurité privées).

Rappelons que dans le passé les sociétés étrangères ne pouvaient bénéficier, sauf cas de réciprocité entre États, au droit au renouvellement d'un bail commercial.

Les sociétés étrangères ne peuvent attraire un étranger, tant demandeur que défenseur, devant une juridiction française. Ce droit reste réservé aux personnes ayant la nationalité

(656) CIJ, 5 févr. 1970, aff. *Barcelona Traction : Rec. CIJ* 1970, p. 3 et CIJ, 20 juill. 1989, *Electtronica Sicula : Rec. CIJ* 1989, p. 15.
(657) Cass. civ., 27 juill. 1948 : *D.* 1948, p. 535 ; *Rev. crit. DIP* 1949, p. 75.

française au jour de l'introduction de l'instance en vertu des articles 14 et 15 du Code civil (658).

On peut également indiquer que les sociétés étrangères ont l'obligation de respecter les lois de police de l'État de situation. À ce titre, en France, les sociétés étrangères se doivent de s'assujettir au régime français de la sécurité sociale, eu égard au lieu d'exercice de l'activité et à la perception d'une rémunération (659).

Section III Le fonctionnement des sociétés

Qui peut agir pour une société et à quelles conditions ? On va essayer de répondre à cette question en étudiant le fonctionnement des sociétés et l'étendue des droits dans les différents pays où elles interviennent. **2280**

Si les sociétés étrangères reconnues sont assimilées aux sociétés françaises, elles sont alors aptes à jouir des mêmes droits que celles-ci. Attention toutefois, car elles ne peuvent avoir une capacité de jouissance plus large que celle qui leur est reconnue par leur loi organique dans leur pays d'origine.

Exemple

Une société étrangère ne peut recevoir à titre gratuit en France (si sa loi organique le refuse). Le fait que la loi française l'autorise ne sera pas suffisant.

Distinguons entre les sociétés *in bonis* **(Sous-section I)** et les sociétés en cessation de paiement **(Sous-section II)**.

Sous-section I La société *in bonis*

§ 1 La *lex societatis* : loi applicable au fonctionnement des sociétés

L'article 1837, alinéa 1er du Code civil dispose que : « Toute société dont le siège est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française ». La jurisprudence a bilatéralisé cette règle de conflit : une société est soumise, quant à son fonctionnent, à la loi de son siège social ; or, la *lex societatis* est la loi du siège. **2281**

Faut-il retenir la loi du siège statutaire ou du siège réel de la société ?

Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si le siège réel est situé en un autre lieu. Dans ce cas les tiers peuvent se prévaloir, indifféremment, de la loi du lieu du siège statutaire ou de la loi du lieu du siège social réel.

(658) Cass. 1re civ., 21 mars 1966 : *Rev. crit. DIP* 1966, p. 670, note M. Ponsard.
(659) Cass. soc., 18 mars 1999, no 97-18.829 : *JurisData* no 1999-001084.

§ II Les tribunaux compétents à l'égard des sociétés pour connaître des litiges relatifs au fonctionnement des sociétés

A/ Compétence de principe

2282 Cette compétence relève exclusivement des juridictions de l'État sur le territoire duquel se trouve le siège social de la société concernée. Par conséquent, le demandeur doit en principe porter son action devant le tribunal du lieu du siège social de la société défenderesse.

Les règlements Bruxelles I (art. 22-2°) et Bruxelles I *bis* (art. 24-2°) n'ont pas tranché la question de savoir s' il y a lieu de favoriser le siège statutaire ou le siège réel.

Il est fait renvoi par le juge aux règles de son droit international privé.

Dans le cas particulier où le siège statutaire serait dissocié du siège réel, c'est le siège réel qui est considéré. Ainsi a-t-il été tranché par la Cour de cassation (660).

B/ Exception de la théorie des gares principales

2283 Cette théorie d'origine jurisprudentielle permet d'attraire une société défenderesse devant le tribunal du lieu de situation de l'un des établissements secondaires et s'applique également dans l'ordre international.

Pour être applicable, l'existence d'un lien entre le litige et cet établissement doit être démontré.

Exemple

La société Max a son siège au Gabon. Elle a ouvert un établissement en France. M. Dupond peut attraire la société Max devant les tribunaux français si les dommages qu'il a subis sont liés à une relation commerciale générée entre lui et l'établissement français.

Cette exception a été admise en droit international français, mais le droit de l'Union européenne fait également application de la théorie des « gares principales », permettant au demandeur d'attraire un défendeur domicilié sur le territoire d'un État membre devant le tribunal d'un autre État membre où se situe une succursale (661).

§ III L'application des règles pénales aux sociétés étrangères

2284 La Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur le point de trancher l'application de **l'infraction d'abus de biens sociaux** à l'encontre d'un dirigeant d'une société étrangère (662).

Celle-ci considère que cette infraction n'est pas applicable aux sociétés de droits étrangers. En effet, cette infraction est envisagée par le Code de commerce. Or, les sociétés étrangères sont hors champ d'application de ce code.

Qu'en est-il de **l'infraction d'abus de confiance** ?

(660) Cass. 2e civ., 24 janv. 1958, n° 189 : *Bull. civ.* 1958, II, n° 77.
(661) *Rec. CJCE* 1978, I, p. 2183 ; *JDI* 1979, 672, note A. Huet.
(662) Cass. crim., 3 juin 2004, n° 03-80.593 : *JurisData* n° 2004-024246 ; *JCP* G 2004, II, 10151, note M. Raimon.

Contrairement à l'infraction d'abus de biens sociaux qui était restrictive, l'infraction d'abus de confiance est générale et s'applique quelle que soit la forme de la société. Par conséquent, un dirigeant d'une société étrangère pourrait être incriminé sur la base de cette infraction.

Sous-section II La société en cessation de paiement

2285 L'organisation d'une société en cessation de paiement voit son fonctionnement perturbé par l'immixtion de la *lex concursus*.

Cette loi de faillite, qui est appelée à régir le fonctionnement de la société en cessation de paiement, opère une liaison entre compétence législative et compétence juridictionnelle. Cette loi est en principe celle de l'État où la procédure a été ouverte.

Cette loi a dès lors vocation à s'immiscer dans la détermination des règles de fonctionnement de la société.

Pour connaître et identifier les autorités compétentes et la loi applicable en matière de faillite internationale, il faut se reporter au règlement communautaire du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité. Précisons que ce dernier a été complété par le règlement du 20 mai 2015.

Depuis, la procédure principale peut être ouverte au lieu du centre des intérêts principaux du débiteur, qui est présumé être pour une société le lieu de son siège social.

Section IV *Process* de comparution d'une société étrangère

2286 Lorsqu'une société intervenant à un acte authentique est une personne morale étrangère, certaines formalités doivent être accomplies par le notaire. Il doit s'assurer de la capacité de la personne morale et de la capacité de la personne physique qui la représente. Il doit également vérifier la conformité de l'opération à l'objet social ou de l'intérêt général. Enfin, il devra déterminer la loi applicable.

§ 1 Vérifications quant à la société

2287 La première étape est de s'assurer que la société est effectivement reconnue en France et qu'elle est par conséquent titulaire de la personne morale.

La deuxième étape consistera à vérifier auprès de l'Association pour le développement du service notarial (ADSN) que cette personne morale n'a pas fait l'objet d'une interdiction d'acheter ou d'être usufruitière pendant une durée de dix ans (663).

Ce formalisme consiste à demander un bulletin n° 2 du casier judiciaire au Casier judiciaire national.

Le représentant de la société est tenu de respecter l'objet social de la société. Parfois il existe des limites statutaires : le notaire se doit de vérifier que l'acte qu'il va passer est conforme à l'objet social et que les exigences statutaires et légales ont bien été respectées (664).

(663) C. pén., art. 225-26 ; C. santé publ., art. L. 1337-4.
(664) En ce sens Cass. 1re civ., 27 avr. 1978, II, 19079, note M. Dagot.

Cette vérification ne peut s'opérer que si le notaire a préalablement exigé la production des statuts accompagnés de leur traduction (665). À la lecture des statuts, le notaire sera en mesure de connaître la loi applicable à la société. Éventuellement le notaire devra, en cas de difficulté, demander à un juriste local un certificat de coutume. La valeur de ce certificat dépendra de la compétence de son rédacteur (666).

Ce dernier sera nécessaire si les statuts de la société sont imprécis et que le notaire a un doute, notamment quant aux pouvoirs des représentants ou à la forme de la société, ou en présence d'une convention qui serait réglementée selon notre droit local, mais également pour avoir l'assurance que la société a été constituée dans le respect des règles locales.

Un juriste local peut également être amené à produire un certificat d'identité et de capacité. Tel sera le cas si le siège social ne correspond pas au siège réel.

§ II Vérifications quant à l'état de la personne physique qui doit représenter la personne morale

2288 La société agissant par l'intermédiaire de son représentant qui est une personne physique, il y aura lieu de vérifier sa capacité.

Pour le formalisme de cette vérification, on renvoie le lecteur aux développements ci-avant à propos de la comparution des personnes physiques et de leurs capacités.

Rappelons que le notaire devra faire traduire les actes d'état civil, que cette traduction est obligatoire et qu'elle ne peut être faite que par des personnes limitativement énumérées, figurant sur la liste des experts judiciaires des cours d'appel et de la Cour de cassation (667), au consul de France dans le pays d'origine de l'acte (668) ou au consul étranger en poste en France.

Le notaire doit être en possession tant de l'acte étranger que de sa traduction. Dans certains cas, l'acte d'état civil devra soit être légalisé, soit apostillé, en fonction des textes applicables.

Pratique de la *legal opinion*

En pratique, le notaire français pourra rencontrer des difficultés parfois insurmontables pour connaître le droit étranger applicable à la comparution d'une société de droit étranger dans son acte.
À cet égard, la pratique de la ***legal opinion*** ne peut qu'être recommandée. Elle consiste à solliciter d'un juriste expert du système juridique considéré d'effectuer l'analyse que le notaire français n'est pas capable de faire lui-même.
Le notaire doit néanmoins veiller à ce que la ***legal opinion*** soit rédigée avec le sérieux et la précision requis : en sollicitant le juriste étranger, il sous-traite en quelque sorte le travail n'analyse qui est habituellement le sien. Par suite, il ne peut sereinement confier ce rôle à un correspondant insuffisamment compétent, ni se contenter d'une analyse trop rapide.
Il convient en particulier de veiller à ce que la ***legal opinion*** traite bien les points de contrôle suivants :
- la société X existe bien au sens du droit... qui lui est applicable ;
- elle est régulièrement immatriculée/enregistrée au registre... ainsi qu'il résulte du certificat ci-annexé ;

(665) La production des statuts et de la traduction est indispensable pour la certification d'identité prévue par l'article 6 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955.
(666) V. sur ce point P. Tarrade, *La comparution d'une personne étrangère dans un acte notarié : Defrénois* 2009, p. 1251 et s., spéc. p. 1254.
(667) Instr. gén. relative à l'état civil, § 586-1.
(668) D. n° 46-2390, 23 oct. 1946, relatif aux attributions des consuls en matière de procédure.

- elle a la personnalité juridique ;
- elle est régulièrement constituée ;
- elle a la forme d'une société de personnes/de capitaux ;
- elle a la capacité juridique selon le droit... d'effectuer l'opération envisagée (qu'il convient de décrire de façon suffisamment explicite), sans empêchement particulier prévu par ce même droit ;
- elle est valablement représentée par M. Y en vertu de la loi/des statuts/des résolutions de l'organe de la société compétent à cet effet de par la loi et les statuts, ayant valablement délibéré à cet effet (si le pouvoir est donné au président ou au gérant ès qualités, on précisera de la même façon qu'il a été régulièrement nommé aux termes de...), qui par conséquent a les pouvoirs réguliers et suffisants pour valablement engager ladite société par sa signature à l'acte authentique qui doit être reçu...

CHAPITRE II Les *trusts :* comparution dans un acte notarié

Le *trust* n'est **ni une personne morale** (669) **ni un contrat** ; il est créé par la déclaration du constituant, **c'est** donc **un acte unilatéral**, matérialisé par le *trust deed* (670), dans lequel sont indiqués les droits et obligations du *trustee*. Cette institution originale du droit anglo-saxon, inconnue en France, remplit les fonctions les plus variées (V. *infra*, nos 2560 et s.). **2289**

Le *trust* peut-il comparaître dans les actes notariés français et, en cas de réponse positive, comment procéder ?

Avant de répondre à cette question, il y a lieu de rappeler les différents acteurs intervenant au *trust*.

Parmi ces acteurs, lequel serait habilité à comparaître aux actes ?

Le constituant (*settlor*) est le créateur du *trust* (V. *infra*, no 2575). C'est celui qui remet son ou ses biens à un *trustee*. Au terme de cette opération, il n'en est plus juridiquement propriétaire, il n'est donc pas compétent pour comparaître.

Le protecteur (V. *infra* , no 2578) est le contrôleur de la gestion réalisée par le *trustee*, il n'est donc pas le propriétaire et ne dispose pas de pouvoir pour comparaître au nom du *trust*.

Le ou les bénéficiaires (V. *infra* , no 2577) sont les personnes ayant vocation à recevoir les revenus ou la propriété des biens transférés par le *settlor*. Aux termes de la vie du *trust*, les biens auront été transférés du *settlor* au bénéficiaire final, sans être passés par d'autres mains. Le bénéficiaire n'est donc pas propriétaire du ou des biens pendant la vie du *trust* et n'a pas de pouvoir pour comparaître.

Le *trustee* (V. *infra* , no 2576) est la personne à qui le bien est remis. Le Code général des impôts le définit sous le terme « administrateur ». C'est le propriétaire légal du bien. À ce titre, des actes de vente sont publiés dans certains services chargés de la publicité foncière

(669) Toutefois, certaines législations donnent la personnalité morale au *trust*, tel est le cas en Nouvelle-Zélande ou en Écosse.

(670) C'est l'acte constitutif d'un trust entre vifs. Avant une réforme intervenue en août 1991, le document devait comporter le sceau de son auteur. À présent, il suffit qu'il exprime sans ambiguïté sa volonté claire de créer un *trust*. La signature doit cependant être certifiée par un témoin.

au nom et pour le compte du *trustee*. Ce raisonnement a pour fondement l'idée selon laquelle le *trustee* est la personne qui détient le titre de propriété du *trust*.

Le *trustee* bénéficie d'un droit de propriété légal (il a la *legal ownership*), mais ce dernier est limité par la propriété de « jouissance ».

En effet, cette dernière appartient au bénéficiaire (qui possède la *beneficial ownership*). Il n'est donc pas titulaire de tous les attributs de la propriété.

Comme cela sera développé par la quatrième commission, il serait donc hasardeux d'inscrire un bien au fichier immobilier au nom de celui-ci. En effet, que se passerait-il si une inscription judiciaire ayant pour cause une dette personnelle du *trustee* venait à grever un bien ne lui appartenant pas ? Cela équivaudrait à offrir aux créanciers un patrimoine en garantie qui ne lui appartient pas. D'ailleurs le mécanisme du *trust* a prévu au profit du bénéficiaire un droit de suite à l'encontre du *trustee*.

Il faut préciser que les biens du *trust* sont distincts du patrimoine personnel du *trustee :* ils sont donc soustraits à l'action de ses propres créanciers et ne font d'ailleurs pas partie de sa succession. Dans les pays reconnaissant le *trust*, le tribunal a le pouvoir de superviser et de régir la conduite des *trustees*, de les révoquer et de les remplacer, et de veiller à ce que les bénéfices économiques du *trust* soient finalement distribués aux bénéficiaires.

Si le *trust* est constitué du vivant du *settlor*, il s'agira d'un *trust inter vivos* (c'est le plus courant). Subsidiairement, on rencontre le *trust* testamentaire qui est constitué à la suite du décès du testateur pour régler sa succession en détails.

Le *trust* est, pour le moment, ignoré du droit français (671). On ne peut donc valablement en constituer en France. Lorsqu'il est valablement constitué à l'étranger, la jurisprudence reconnaît sa validité en France (672). Cette dernière essaye de définir le *trust* en respectant son caractère spécifique et original, sans assimilation à une institution juridique du droit français (673).

Ainsi, le *trust* doit être mentionné dans les actes notariés en sa qualité d'institution originale, c'est-à-dire en qualité de *trust*. Nul besoin d'essayer de lui donner un matricule à l'instar des sociétés, de l'identifier à travers l'un des personnages qui lui est attaché ou de vouloir le rattacher par analogie à une institution reconnue en France.

En pratique, le *trustee* sera très souvent le représentant du *trust* et signera les actes *ès qualités*, conformément au *trust deed* ou par application d'une lettre de vœux (*letter of wishes*).

Pour faire comparaître le *trust* (lui-même) à un acte français, il faudra attendre que la France ait ratifié la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance. En attendant, il y a lieu de s'abstenir, ou de faire publier l'acte au nom du *trustee*, ès qualités si toutefois le service de la publicité foncière compétent y consent (pour approfondissement, V. *infra*, n° 4281.

Il faut rappeler que si le *trust* a été créé après le 11 mai 2011 par un constituant domicilié en France (lors de la constitution), il sera appliqué, au moment du décès du constituant, des droits de mutation à titre gratuit au taux de 60 %, indépendamment du lien de parenté

(671) La Convention de La Haye du 1er juillet 1985, relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance a été signée par la France le 26 novembre 1991, mais elle n'est toujours pas ratifiée à ce jour. Le but de cette convention n'est pas d'introduire le *trust* en France, mais de fournir aux praticiens les éléments permettant de reconnaître et d'appréhender cette institution juridique.

(672) CA Paris, 10 janv. 1970, *Courtois* c/ *Cts de Gany*.

(673) En ce sens, TGI Bayonne, 28 avr. 1975 : *JCP* G 1975, II, 18168, note R. Bonnais.

unissant le constituant au bénéficiaire et de l'objet de la transmission (part déterminée ou part globale (V. *infra* , n° 2619).

De ce fait, si la France vient à ratifier la Convention de La Haye du 1er juillet 1985, il faudra rester attentif pour éviter aux contribuables français un traitement fiscal qui serait alors plus défavorable que pour les étrangers, à moins qu'une réforme fiscale accompagne la ratification.

CHAPITRE III Les autres entités étrangères

La pratique notariale du droit international fait que l'on rencontre des « véhicules juridiques inconnus » utilisés dans les autres États. **2290**

On peut énumérer brièvement quelques-unes de ces entités (sans avoir la prétention de les étudier), à charge pour chacun d'effectuer le moment venu un approfondissement de celle-ci. Ces entités peuvent être des personnes morales, des organismes, des fiducies ou des institutions originales (comme les *trusts*).

Dans la catégorie des *personnes morales*, il faut compter les sociétés de capitaux, les sociétés de personnes ou *partnerships*, les sociétés civiles, les fondations, dotées de la personnalité morale dans l'État dans lequel elles sont enregistrées.

L'expression *organisme* désigne les entités telles que les *Anstalten* et *Stiftungen*, constituées en vertu de la législation du Liechtenstein, ainsi que les groupements.

Le *groupement* s'entend d'une structure juridique, dotée ou non de la personnalité morale, dans laquelle plusieurs personnes morales et physiques s'associent en vue de poursuivre un objectif économique commun ; il s'agit notamment des groupements d'intérêt économique (GIE), des groupements européens d'intérêt économique (GEIE) et des groupements assimilés, des associations en participation ou encore de simples contrats d'associations qui incluent des accords de diverses natures (syndicat, groupe, *pool*...) (674).

Les *fiducies :* sont notamment concernées les fiducies visées par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007.

Institutions comparables : ce terme vise les institutions comparables aux fiducies et aux organismes, telles que des structures ou des arrangements comme les fondations de famille, les *trusts* ou les fonds d'investissement non dotés de la personnalité morale.

(674) BOI-PAT-TPC-10-10, n° 30.

TITRE VI

Le prix

CHAPITRE I L'expression du prix dans un acte international

2291 La loi du contrat est compétente pour déterminer le montant, la date et le lieu du paiement, mais également les droits du créancier en cas d'inexécution de ses obligations par le débiteur.

Pour l'étude de l'ensemble de ces points, il convient de se reporter *infra*, aux n^os^ 4111 et suivants développés par la quatrième commission dans le cadre d'une vente immobilière.

On rappellera simplement que certaines dispositions sont parfois imposées aux cocontractants, notamment la monnaie utilisée par le débiteur *pour se libérer*. En effet, dès lors que le paiement intervient en France, il y aura lieu d'appliquer la loi française (675). En revanche, les parties restent libres de choisir la monnaie de *compte* (676).

CHAPITRE II Les transferts de fonds

2292 Le contrôle des changes n'existe plus en France depuis le 1er janvier 1990. Il est possible de transférer librement des capitaux à l'étranger. Ces transferts ne sont soumis à aucune déclaration ni à aucune autorisation quand ils sont réalisés par l'intermédiaire d'un établissement financier, par exemple sous forme d'un virement interbancaire (677).

Aux termes de l'article 98-1 de la loi de finances pour 1990, toute personne physique a à sa charge une obligation de déclaration, auprès du service des douanes de la frontière, de tout transfert vers l'étranger ou en provenance de l'étranger de sommes, titres ou valeurs sans l'intermédiaire d'un organisme soumis à la loi bancaire. La déclaration concerne tout transfert d'un montant supérieur à 10 000 €, nouveau plafond fixé par les dispositions du décret du 28 mars 2007 (678).

Si ce transfert a lieu à l'intérieur de l'Union européenne, la déclaration est préalable au transfert. Elle doit ainsi être déposée quinze jours avant la date de celui-ci (679).

Sur le plan douanier, le non-respect de cette obligation est puni d'une amende égale à 25 % de la somme transférée en contravention.

(675) *JCl. Notarial Formulaire*, fasc. 20, V° *Indexation*.
(676) *JCl. Notarial Répertoire*, fasc. 30, V° *Monnaie de paiement*.
(677) *Rapatrier des fonds de l'étranger*, Guide juridique des Français de l'étranger, Notaires de France ; vosdroits.service-public.fr/particuliers/F794.xhtml.
(678) D. n° 2007-471.
(679) La déclaration est à adresser au service des autorisations financières, 42 rue de Clichy, 75009 Paris.

Sur le plan fiscal, la somme transférée en contravention constitue un revenu imposable en France (680).

Les tribunaux ont été appelés à trancher le cas d'un transfert par une personne non domiciliée en France de fonds venant de l'étranger à destination de la France. Le Conseil d'État a considéré la présomption non applicable. Cette position vaut même si cette personne transfère son domicile fiscal en France. Elle n'est en effet soumise à une obligation fiscale illimitée qu'à compter de la date de son installation en France (681).

Attention, même dans ce cas, si ces sommes peuvent être rattachées à des revenus de source française perçus antérieurement au transfert du domicile, elles sont alors imposables.

En droit international, il faut avoir conscience que la difficulté réside parfois dans l'impossibilité de transférer l'argent d'un pays à l'autre, et qu'à défaut de traiter cette difficulté dès l'ouverture du dossier le notaire pourrait mettre ses clients dans des situations parfois délicates. **2293**

Exemple

Un client explique à son notaire qu'il est de nationalité française et qu'il a quitté le Maroc en compagnie de sa mère pendant son enfance. Il a désormais l'âge de la retraite et son père (de nationalité marocaine et qui résidait à Casablanca) est décédé depuis deux ans. À cette occasion, il a hérité au Maroc d'un capital important de plusieurs millions d'euros. Au moment du décès de son père, un juriste marocain lui aurait expliqué qu'étant de nationalité française il était présumé catholique, et qu'en cette qualité il ne pouvait hériter d'un musulman. Qu'à cela ne tienne : étant né au Maroc, il demande et obtient la nationalité marocaine. La succession est réglée au Maroc et il vient vous consulter afin d'obtenir de l'aide principalement pour rapatrier les fonds en France et subsidiairement pour savoir si son dossier est en « règle », ainsi qu'il le suppute. Que lui répondez-vous ?

Pour qu'une personne de nationalité marocaine puisse transférer des fonds en dehors du Maroc, il faut obtenir une autorisation de la part de l'Office royal des changes dont les bureaux sont situés à Rabat. Le Maroc souhaite que les nationaux investissent leurs fonds pour le développement du pays et cet office n'autorise que dans des conditions particulières la sortie de devises. Par conséquent, il est en pratique assez difficile d'obtenir une autorisation, du moins totale.

Quelles sont les conséquences pour le client, si l'Office royal des changes refuse le rapatriement des fonds ?

En France, en vertu de l'article 750 *ter* du Code général des impôts, l'héritier doit acquitter les droits de mutation à titre gratuit sur les biens situés au Maroc qu'il a recueillis dans la succession de son père. Toutefois, en cas de refus de rapatriement des fonds, il sera en droit d'invoquer le régime spécial qui s'applique en France aux biens étrangers frappés d'indisponibilité par suite de mesures prises par un gouvernement étranger (682). Les droits de mutation ne seront à payer que lorsque les fonds deviendront disponibles.

En revanche, l'impôt sur la fortune immobilière pour les immeubles situés au Maroc, ainsi que les revenus fonciers qui seront encaissés au Maroc, seront imposables en France (sous réserve du traitement de la double imposition par le biais de la convention fiscale). Malheureusement le contribuable ne pourra peut-être pas compter sur le rapatriement des fonds pour régler en France ses impôts.

(680) CGI, art. 1649 *quater* A.
(681) CE, 1er juill. 2010, req. nº 309363, *Sigal et Battisti*.
(682) CGI, art. 766 et ann. III, art. 280.

CHAPITRE III La déclaration des comptes ouverts à l'étranger

2294 L'article 1649 A du Code général des impôts fait obligation aux personnes physiques, aux associations, ou aux sociétés n'ayant pas la forme commerciale domiciliées en France de déclarer les références de leurs comptes éventuellement ouverts, utilisés ou clos à l'étranger, ou désormais simplement « détenus » (683). Cette déclaration doit être faite en même temps que la déclaration de revenus. Cette obligation vise également les personnes physiques exerçant une activité BIC, BNC ou BA.

Le titulaire du compte, le bénéficiaire économique ou ayant droit économique doit ainsi cocher la case « 8UU » du formulaire n° 2042. Il doit joindre annuellement à sa déclaration de revenus le formulaire n° 3916 « Comptes détenus à l'étranger » reportant les références du compte, les coordonnées de la banque auprès de laquelle le compte est ouvert, les principales caractéristiques du compte (compte titres, compte de dépôt, compte épargne, compte joint, compte individuel), les éventuels cotitulaires, la date d'ouverture du compte, et sa date de clôture le cas échéant. Si les époux ont indistinctement la qualité de contribuable au regard de l'impôt sur le revenu, l'obligation de déclaration n'incombe qu'au seul titulaire du compte ouvert à l'étranger. En l'absence de déclaration, l'amende ne peut être infligée qu'à lui seul (684).

Il doit être établi une déclaration par compte ouvert, et cette obligation doit être satisfaite au titre de chaque année ou exercice lorsque le compte a été ouvert, utilisé ou clos au cours de cette même période, par le titulaire du compte, dès lors que cette personne est astreinte au dépôt de la déclaration.

2295 **La jurisprudence** (685) considère que la déclaration doit porter sur tous les comptes ouverts par le contribuable ou l'un des membres de son foyer fiscal, et même si leur utilisation n'entraîne pas d'imposition en France. Un compte est à cet égard réputé utilisé dès lors qu'il enregistre au moins une opération de crédit ou de débit pendant la période concernée. Le juge estime également que la déclaration doit inclure les comptes pour lesquels le contribuable bénéficie d'une procuration.

2296 **– Sanction en cas d'absence de déclaration. –** Le contribuable défaillant peut être redevable d'un impôt suite au mécanisme de présomption de revenus institué depuis la loi de finances de 2012, ainsi que d'une amende.

2297 **– La présomption de revenus. –** Les sommes en dépôt sur les comptes à l'étranger qui n'ont pas été déclarés en même temps que la déclaration de revenus constituent, sauf preuve contraire, des revenus imposables. Il s'agit d'une présomption simple. Le redevable pouvant toujours apporter la preuve que ces revenus ne sont pas taxables en France.

Ces sommes sont soumises à l'impôt sur le revenu au barème progressif. Le montant de l'impôt est assorti d'une majoration de 40 % (686), ainsi que de l'intérêt de retard (687).

Ces revenus sont également soumis aux prélèvements sociaux sur les revenus du patrimoine.

(683) L'obligation de déclaration des compte inactif n'était pas obligatoire à l'origine. Le décret n°2018-1267 du 26 décembre 2018 a étendu cette obligation depuis le 1er janvier 2019 aux comptes simplement « détenus ».
(684) CAA Lyon, 2e ch., 13 déc. 2001, req. n° 97-2302, *M. Vivarat-Perrin*.
(685) CE, 30 déc. 2009, req. n° 299131, *Lisiack : RJF* 3/2010, n° 244.
(686) CGI, art. 1758, al. 1.
(687) CGI, art. 1727. Application des intérêts de retard au taux de 2,4 % en 2018 sur l'impôt rectifié.

Il n'est pas inutile de rappeler que, dans ce cas, les capitaux non déclarés ne bénéficieront plus des éventuelles conventions fiscales évitant la double imposition.

– Les amendes. – En sus le contribuable sera redevable d'une amende qui pourra être soit forfaitaire, soit proportionnelle. **2298**

L'amende sera forfaitaire si le total de la valeur du ou des contrats est inférieur à 50 000 € au 31 décembre de l'année au titre de laquelle la déclaration devait être faite. Dans ce cas le contribuable sera, à défaut de déclaration, passible d'une amende de 1 500 € par contrat non déclaré (688). Ce montant est porté à 10 000 € par contrat non déclaré lorsque l'obligation déclarative concerne un État ou territoire qui n'a pas conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales permettant l'accès aux renseignements bancaires.

L'amende sera due pour chaque contrat et pour chaque année non prescrite, si le contribuable a omis de joindre le formulaire n° 3916 précité, cette amende sera due sur les quatre années suivant celle de l'infraction (par ex., en cas de contrôle en 2019, l'amende s'appliquera depuis 2015).

L'amende était proportionnelle si le total des comptes bancaires et non déclarés est égal ou supérieur à 50 000 €. Dans cette hypothèse, l'amende est portée pour chaque contrat non déclaré à 5 % de la valeur de ce compte, sans pouvoir être inférieur à 1 500 € (ou 10 000 € lorsqu'il s'agit d'un État non coopératif). **2299**

À l'origine forfaitaires ou plafonnées à un montant faible (750 puis 1 500 €), ces amendes ont été complétées par la première loi de finances rectificative de 2012 (689) d'un volet proportionnel aux avoirs, de manière à rendre ces amendes plus dissuasives.

Soulevant d'office le moyen tiré du principe de la proportionnalité des peines protégé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la constitution le volet proportionnel de l'amende sanctionnant le défaut de déclaration des comptes bancaires à l'étranger, dès lors que cette amende s'applique même en l'absence de toute fraude et ne sanctionne que la méconnaissance d'une obligation déclarative (690).

Dans la loi de finances rectificative de 2016, le législateur a réformé le régime des sanctions. Depuis, la méconnaissance de l'obligation déclarative est sanctionnée de la seule amende forfaitaire, mais les redressements qui découlent le cas échéant de la réintégration, dans les revenus ou le patrimoine imposable, des revenus et avoirs conservés dans des véhicules étrangers non déclarés, s'accompagnent d'une **majoration de 80 %** prévue à l'article 1729-0 A du Code général des impôts. L'amende s'impute sur la majoration, vraisemblablement afin d'éviter tout risque lié au principe *non bis in idem*.

Jusqu'au 31 décembre 2017, le contribuable pouvait **régulariser spontanément** sa situation fiscale : application alors d'une **majoration de 25 % ou 35 %** de l'impôt omis sur l'ensemble des avoirs dissimulés (quelle que soit leur nature). La majoration était de 25 % des impôts omis si le contribuable était considéré comme un fraudeur « passif » (*i.e.* s'il avait reçu les biens étrangers par donation ou succession et n'avait pas abondé les comptes étrangers au cours de la détention, ou si les avoirs détenus à l'étranger avaient été acquis alors que le contribuable résidait à l'étranger. La majoration était de 35 % dans les autres cas).

(688) CGI, art. 1766, al. 1.
(689) L. n° 2012-354, 14 mars 2012, art. 14.
(690) Cons. const., 22 juill. 2016, n° 2016-554 QPC, *M. Gilbert B.*

Cette mesure incitative a pris fin, la cellule de régularisation ayant été supprimée. Par conséquent, la déclaration spontanée ne bénéficie plus de la majoration minorée.

2300 **Les sanctions pénales** sont encourues dès lors que le montant des avoirs dissimulés excède 10 % des sommes imposables ou 153 € :
- une amende de 3 000 000 € ;
- une peine de sept ans d'emprisonnement ;
- le cas échéant, une peine complémentaire et/ou accessoire (par ex. : privation de tout ou partie des droits civiques, civils et de famille ; publication et affichage du jugement). Les poursuites pénales sont inévitables si l'administration fiscale vient à découvrir la dissimulation d'avoirs à l'étranger (691).

Dans le cadre d'une consultation de droit international privé, le notaire pourrait être amené à connaître l'existence de ces avoirs étrangers. Dans ce cas, il devra absolument inviter son client à procéder à une régularisation sans délai. En effet, l'échange d'informations financières est désormais automatique entre un certain nombre de pays de l'OCDE (692).

Cela signifie, d'une part, que l'administration fiscale française peut interroger tous les pays signataires de l'accord d'échange automatique d'informations si elle a des soupçons sur l'existence d'avoirs dissimulés à l'étranger. Le pays de situation des avoirs a l'obligation de fournir toute information demandée par la France en vue de permettre l'enquête fiscale. D'autre part, les banques transmettent automatiquement, depuis le 1er janvier 2018, aux autorités fiscales de chaque pays les informations relatives aux revenus générés sur les comptes détenus à l'étranger (intérêts, dividendes, plus-values). Enfin, cela signifie aussi et surtout que toute opération réalisée à partir d'un compte ou d'un avoir détenu à l'étranger, depuis le 1er janvier 2018, doit être documentée. C'est-à-dire que le bénéficiaire du compte ou des avoirs doit attester par écrit que les comptes et avoirs sont déclarés auprès des autorités fiscales. À défaut d'attestation de conformité, les opérations seront purement et simplement paralysées.

Il convient donc de rappeler fermement à son client ses obligations fiscales, ainsi que les lourdes sanctions fiscales et pénales encourues en cas de non-respect de la législation.

2301 À titre indicatif, il est utile de savoir que probablement, dans les prochaines années, l'échange automatique des données entre les pays concernant les biens et droits immobiliers détenus à l'étranger ou par des étrangers sera effectif. En effet, il a été indiqué au 115e Congrès des notaires par un responsable de l'OCDE que le Brésil ainsi que d'autres pays ont mis en place cet échange automatique et que ces échanges d'informations avaient permis, avant même l'entrée en vigueur des textes, de générer un surplus de recette fiscale évalué à 93 milliards de dollars. L'élargissement du domaine des échanges en France n'est pas à exclure.

L'immobilier situé à l'étranger non déclaré est très fréquemment lié à des comptes bancaires étrangers dédiés. L'échange automatique a déjà impacté l'immobilier de façon collatérale. En effet, sur les forums de discussion on peut déjà lire le mécontentement des Suisses qui sont obligés de déclarer l'immobilier qu'il détiennent à l'étranger eu égard à l'échange automatique des données en matière bancaire. L'immobilier détenu par un résident suisse a un impact, car son rendement est pris en considération pour la fixation des taux d'imposition sur la fortune et sur le revenu. Pour un résident français, il devient très dangereux de

(691) En pratique il n'est pas rare que le dossier fasse l'objet d'une transmission « automatique » au parquet français lorsque les avoirs étrangers dissimulés s'élèvent à plus de 100 000 €.

(692) Pour connaître la liste, consulter le site de l'OCDE : www.oecd.org/tax/transparency/aeoi-commitments.pdf

ne pas déclarer sa résidence secondaire située à l'étranger, le risque étant plus important si l'on possède un compte bancaire dédié dans ledit pays.

2302

Danger : nouvelle amende applicable aux notaires

La loi du 23 octobre 2018 a institué une nouvelle amende fiscale qui s'applique depuis le 25 octobre 2018, et contenue dans le nouvel **article 1740 A *bis* du Code général des impôts**. Cette amende vise les professionnels complices de graves manquements fiscaux.

Cette sanction vise à lutter contre les ententes occultes, abus de droit, manœuvres frauduleuses, avoirs à l'étranger non déclarés.

Cette nouvelle **amende fiscale est égale à 50 % des revenus tirés de la prestation fournie** au contribuable, sans toutefois que son montant puisse être inférieur à la somme de **10 000 €**.

Sont concernés les professionnels du chiffre et du droit, dont les notaires.

TITRE VII

Loi applicable

2303 **– Introduction. –** Dans le cadre de l'utilisation des règles de droit international privé, deux axes se dessinent pour prévenir la naissance des conflits en matière successorale entre héritiers (693) :

- en présence du futur défunt qui fait un choix de loi applicable à sa future succession lorsque cette faculté lui est offerte ;
- en faisant coïncider les lois applicables tout au long de la vie juridique du futur défunt.

Dans ce type de conflit, il est avantageux de pouvoir connaître par avance la loi applicable, permettant ainsi une parfaite prévisibilité de la loi et, par voie de conséquence, une plus grande sécurité juridique.

À chaque étape de sa vie, une personne peut désormais choisir la loi applicable dans des domaines tels que le contrat de mariage, le pacs, ou les donations. Il est très vivement conseillé de le faire.

On constate que les notaires sont sensibilisés à cette nécessité, mais qu'en pratique la désignation de loi applicable n'est pas automatique. Il suffit pour s'en convaincre de lire les contrats de mariage en circulation.

Par exemple, en matière de contrat de mariage, il est conseillé de préciser soit dès le premier article du contrat, soit au dernier de celui-ci, que les parties entendent désigner la loi française comme étant applicable à leur contrat.

Le présent titre n'a pas vocation à étudier les lois applicables aux différents types d'actes que les notaires rédigent. Le tableau contenu à la fin de celui-ci renverra les lecteurs aux études contenues dans cet ouvrage traitant en détail de celles-ci. On se contentera de rappeler les généralités.

(693) Ces deux axes ont été développés par le 49e Congrès du Mouvement Jeune notariat intitulé « Les conflits successoraux », Montréal-Québec, 2018, p. 118 et s.

– En pratique, quel est le premier acte nécessitant une désignation de loi applicable qu'un notaire rédige dans le cadre d'un dossier international ? – Les dossiers de droit international sont particulièrement complexes. En effet, les difficultés peuvent aussi bien être d'ordre juridique que fiscal, ou encore bancaire, voire douanier. Il convient en pratique, très souvent et préalablement à la rédaction d'actes, de rédiger une étude patrimoniale. Ces études, qui s'inscrivent dans le cadre de conseils en organisation internationale de patrimoine, ne relèvent pas automatiquement de la *lex auctoris*.

Par ailleurs, ces études font apparaître qu'une partie non négligeable des dossiers ne trouve pas de solution (694), ou bien que les solutions dégagées s'avèrent fiscalement inopportunes.

Par conséquent, seuls quelques dossiers aboutiront à la rédaction d'actes par le notaire français. Il faudra donc être organisé et se lancer dans la rédaction de ces actes seulement une fois que l'étude aura confirmé que le dossier le permet.

Si l'on respecte cette méthodologie, on constate que le premier document qui devra être rédigé par le notaire sera une lettre dans laquelle il fixera sa mission et déterminera sa rémunération. Ensuite suivra une convention d'honoraires. Ces études sont rémunérées par des honoraires libres, proposés et acceptés par le client avant que le notaire commence son travail.

Les parties à cette convention d'honoraires seront le notaire et le client. Ce document, qui est déjà un contrat sous seing privé, doit impérativement contenir un choix de loi applicable.

Dans le cadre de ce choix, il est vivement conseillé aux notaires de France de désigner la loi française. En effet, en cas d'engagement de leur responsabilité, leurs obligations relèveront ainsi de la loi et de la jurisprudence française.

Qu'en serait-il si, en matière de conseil en organisation internationale, la loi applicable est une loi étrangère prévoyant pour les notaires une obligation de résultat et non de moyens ?

Dans le même sens, il sera judicieux d'insérer une clause attributive de juridiction. En effet, il deviendrait délicat et coûteux pour notre assureur de devoir assumer des actions en responsabilité sur des territoires étrangers.

– Utilité de choisir une loi applicable. – Du fait de sa prévisibilité, la désignation de la loi applicable apporte une réelle sécurité juridique.

Il faut toutefois indiquer que dans certains cas l'objectif peut ne pas être atteint. Il en est ainsi, par exemple, en matière de contrat de mariage, lorsque le régime matrimonial adopté n'est pas reconnu par d'autres ordres juridiques. Cette difficulté d'application spatiale existe dès que les règles de droit international privé du pays dans lequel les parties pourraient se délocaliser ne sont pas identiques à celles régissant leur contrat de mariage : les pays de *common law* ne reconnaissent pas la notion de régime matrimonial. Pour cette raison les juges peuvent, à l'occasion d'un divorce, ne pas respecter les règles matrimoniales choisies par les époux. Par exemple, le juge anglais peut attribuer à l'épouse les biens personnels de l'époux, alors que le couple est soumis au régime conventionnel de la séparation de biens pure et simple de droit français (sur ce sujet, V. les développements de la troisième commission).

En pratique, en définissant la loi applicable dans les actes, les notaires français permettent d'en déterminer les conditions de validité et de révocabilité.

(694) Soit il n'existe pas de solution juridique, soit le client n'a pas respecté ses obligations en matière fiscale et il serait alors dangereux ou illégal pour le notaire de l'accompagner dans son projet.

Si, par le passé, la désignation de la loi applicable en matière matrimoniale ou de donation était déjà possible, le règlement successoral européen a étendu cette possibilité de choix non seulement à la succession, mais également à la recevabilité et aux conditions de fond du testament ou du pacte successoral. Par conséquent, il convient de vérifier si la coïncidence est opportune entre la loi successorale et le régime matrimonial, ou entre la loi successorale et celle applicable à la donation ; ou encore entre la loi successorale et celle applicable au pacte successoral ou au *trust* (695).

Il faut rappeler que la loi applicable à la succession (dite « loi successorale ») peut être différente de celle applicable à la donation, au testament ou au pacte successoral.

La loi applicable à un acte peut parfois être modifiée du consentement de toutes les parties après la signature. Tel est le cas des contrats relevant de l'application du règlement Rome I (sur ce sujet, V. les développements de la quatrième commission). D'autre part, à défaut de désignation de la loi applicable lors de la régularisation de l'acte, celle-ci peut parfois être déterminée dans un acte subséquent. Tel est le cas des donations entre vifs.

Tableau récapitulatif de la loi applicable selon le type d'acte que le notaire a vocation à recevoir

Convention d'honoraires	Loi d'autonomie
Contrat de mariage	Les parties sont libres de choisir la loi applicable à leur régime matrimonial, puis elles peuvent choisir un régime matrimonial dans la gamme des régimes connus et permis par la loi interne choisie. Depuis le règlement (UE) nº 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 (pour les époux mariés depuis le 29 janvier 2019), il n'est plus possible de procéder à un dépeçage. Désormais une unique loi est applicable pour l'ensemble des biens des époux. Une désignation après le mariage de la loi applicable doit empêcher le jeu de la mutabilité subie de l'article 26.2. Le choix de la loi applicable est limité à : – la loi de l'État dans lequel au moins l'un des époux ou futur époux a sa résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention ; ou – la loi d'un État dont l'un des époux ou futur époux a la nationalité au moment de la conclusion de la convention.
Contrats	Loi d'autonomie, Règl. nº 593/2008, dit « Rome I », art. 3.1 : « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat ». Dépeçage admis et modification de la loi possible à tout moment d'un commun accord.
Pacs	Loi d'autonomie
Donation de biens présents	Loi d'autonomie pour les donations consenties depuis le 18 décembre 2009 : application du règlement « Rome I ».
Testament	Pour la loi applicable à la forme : Conv. La Haye 5 oct. 1961. Pour le fonds : Règl. « Successions » nº 650/2012, art. 24, 25 et 26.

(695) Pour approfondissement, V. 49e Congrès du Mouvement Jeune notariat, « Les conflits successoraux », *op. cit.*, p. 149 et s.

Convention d'honoraires	**Loi d'autonomie**
Pactes successoraux : – Donation-partage. – Renonciation anticipée à l'action en réduction. – Donation entre époux de biens futurs.	Loi d'autonomie, Règl. « Successions » n° 650/2012.
Succession	Loi successorale : V. Règl. « Successions » n° 650/2012.
Contrat de représentation dont la procuration	**A/ Loi applicable quant au fond** 1/- **Entre mandant et mandataire :** *a)* Convention de La Haye du 14 mars 1978 ; *b)* règlement « Rome I ». Entre la convention et Rome I, convergence des principes directeurs tant principaux (loi d'autonomie de la volonté) que subsidiaires (loi interne de l'État de l'installation professionnelle ou résidence habituelle de l'intermédiaire). 2/- **Entre le mandataire et le tiers :** Concurrence d'application entre la Convention de La Haye du 14 mars 1978 et le règlement « Rome II » : – principe de la loi d'autonomie ; – et, à défaut, la loi du lieu d'établissement du mandataire. Exception au principe subsidiaire uniquement dans l'analyse vis-à-vis de la convention de La Haye : – si le mandant habite à l'endroit où s'est exécuté le mandat, alors c'est la loi de cet État ; – si le tiers habite dans l'État où l'exécution du mandat a eu lieu, alors on applique la loi du pays où est installé le tiers et où a été exécuté le mandat ; – si l'objet du mandat consiste en des opérations boursières ou une vente aux enchères, on applique la loi de l'État où s'est déroulée l'opération ; – si l'intermédiaire n'a pas d'établissement professionnel, on applique la loi de l'État où a été exécuté le mandat. Exception au principe subsidiaire uniquement dans l'analyse vis-à-vis du règlement « Rome II » qui prévoit alors une solution alternative : – la loi applicable est celle du lieu de survenance du dommage ; – les exceptions à ce principe subsidiaire : – la loi applicable est la loi du pays de résidence à la fois du responsable du dommage et de la victime. – Loi de l'État avec lequel il existe des liens manifestement plus étroits. Attention, danger : il est nécessaire de faire un choix de loi (V. *supra*, n^{os} 2197 et s.). **B/ Loi applicable quant à la forme** – application du règlement « Rome I » ; – principe de l'autonomie et, à défaut, art. 11-1.

Clause type

Choix de la loi applicable
Sous réserve de l'ordre public international, des lois impératives et des lois de police, les parties désignent la loi française comme applicable au présent contrat.
Ajouter éventuellement :
Le notaire soussigné rappelle aux parties que la clause de choix de loi, permise par le règlement (CE) nº 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « Rome I », permet d'éviter en cas de litige d'avoir recours aux règles de conflit de lois pour la détermination de la loi applicable. Elle permet la prévisibilité du choix positif, correspondant au choix d'une loi dont les parties considèrent qu'elle convient à l'opération projetée, et *a contrario* d'exclure l'application de lois inacceptables pour l'une ou l'autre des parties.

TITRE VIII

Electio juris

Peut-on choisir en matière contractuelle la juridiction d'un pays comme compétente en cas de litige ? **2304**

Dans les litiges internationaux, les parties sont confrontées à une concurrence de compétences juridictionnelles. Le choix du tribunal est un avantage stratégique, que les parties peuvent ne pas vouloir laisser au hasard. Il peut être dangereux d'attendre qu'un litige survienne, et que le demandeur sélectionne discrétionnairement, parmi les juridictions compétentes, celle de son choix. Les parties peuvent sélectionner le tribunal en amont, d'un commun accord, en insérant une clause attributive de juridiction ou une clause d'élection du *for*.

– La clause attributive de juridiction. – Il existe des matières ou le régime de compétence juridictionnelle est exclusif (cas en matière immobilière et en matière d'exécution) (696). Dans ces cas, aucune dérogation à cette compétence, voulue par les parties, ne peut être admise. Les parties ne peuvent donc valablement conclure une clause attributive de juridiction faisant échec à une compétence exclusive ; la règle est prévue tant par le droit européen (697) que par le droit commun français (698).

Exemple

Tel serait le cas d'un acquéreur de nationalité américaine qui achèterait un appartement à Paris et qui souhaiterait qu'en cas de litige les tribunaux de l'État de Floride soient compétents. **Le notaire français ne peut accepter** d'insérer une clause prévoyant la compétence de ces derniers.
Si une telle clause était insérée et que les tribunaux étrangers venaient à rendre une décision, alors la France n'aurait qu'un moyen indirect de sanction : elle refuserait de reconnaître, dans

(696) Cass. 1re civ., 27 mai 1970, *Weiss : Rev. crit. DIP* 1971, 113, note H. Batiffol.
(697) Règl. Bruxelles I, art. 23-5 et 25-4.
(698) Cass. 1re civ., 17 déc. 1985, *Ce des signaux : Rev. crit. DIP* 1986, 537, note H. Gaudemet-Tallon.

son ordre juridique, les effets du jugement rendu en violation de cette compétence exclusive par les tribunaux d'un autre État.
L'effectivité de cette sanction dépend donc du lieu où le jugement litigieux doit produire ses effets.

Dans l'Union européenne, dans un tel cas, les juridictions des États membres ont l'obligation de se déclarer incompétentes, le cas échéant d'office (699).

En matière contractuelle, il existe dans les contrats internationaux un principe général de licéité des clauses attributives de juridiction. Le droit commun français est fixé en ce sens : l'arrêt *Compagnie des Signaux* (700) pose une règle matérielle de droit international privé de licéité de la clause, mais subordonne celle-ci à deux conditions : le litige doit être relatif à un contrat international et il ne faut pas faire échec à une compétence territoriale impérative des juridictions françaises. Attention, elles ne peuvent déroger aux règles de compétence exclusive, ni à celles des compétences protectrices des parties faibles.

– Clause d'élection de *for*. – Dans cette clause, les parties déterminent et désignent, parmi les différents juges étatiques internationalement compétents, celui qui pourra connaître des litiges qui naîtront de leur relation. Cette clause est différente de celle attributive de juridiction, même si en pratique elle est utilisée comme notion équivalente. En effet, la clause attributive de juridiction ne se borne pas à sélectionner un juge parmi les juges compétents, mais elle attribue compétence au juge qu'elle désigne.

La clause attributive de juridiction est le plus souvent exclusive. Elle confère compétence au juge élu, et lui seul. Cette compétence exclusive du juge se traduit concrètement par l'interdiction faite aux parties de saisir un autre juge que le juge élu, et par l'interdiction théorique faite aux autres juges de se déclarer compétents en violation de la clause.

On distinguera ces clauses de **la clause compromissoire** qui, en revanche, doit être différenciée des deux précédentes (V. *infra*, n° 2310), car elle désigne un juge privé plutôt qu'un juge étatique et elle prive les juges étatiques de toute compétence.

En droit international privé, les clauses ou conventions attribuant une compétence juridictionnelle sont dénommées « conventions d'élection de *for* ». Elles sont très largement admises en matière internationale. Ces conventions sont appréhendées par le droit de l'Union européenne (701), mais également par la Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de *for*. Ces conventions doivent être conclues par écrit pour garantir que les parties ont réellement donné leur consentement à la clause. Toutefois, dans le système Bruxelles, cette clause est également valable si elle est conclue « verbalement avec confirmation écrite » (702).

Elle peut être insérée dans une transmission électronique permettant de la consigner (703).

La clause d'élection de *for*, lorsqu'elle est insérée dans un contrat international, est autonome par rapport au contrat substantiel qui la reçoit (704).

(699) Règl. Bruxelles I, art. 25 et 27.
(700) Cass. 1re civ., 17 déc. 1985, *Cie des signaux : Rev. crit. DIP* 1986, 537, note H. Gaudemet-Tallon. L'arrêt précise en outre que si les parties procèdent à la désignation globale des juridictions d'un État étranger, sans indiquer le tribunal spécialement compétent, il sera nécessaire que le droit interne de cet État permette de déterminer le tribunal spécialement compétent.
(701) Règl. Bruxelles I, art. 23 et Règl. Bruxelles I *bis*, art. 25.
(702) Cass. com., 21 févr. 2012, n° 11-16.156 : *Rev. crit. DIP* 2012, 63, note D. Bureau.
(703) Règl. Bruxelles I, art. 23, a ; Règl. Bruxelles I *bis*, art 25. a ; Conv. La Haye 30 juin 2005, art. 3, C, *i.*
(704) Conv. La Haye 30 juin 2005, art. 3, d, et Règl. Bruxelles I *bis*, art. 25-5.

Par conséquent, la nullité éventuelle du contrat principal n'entache pas la clause attributive de juridiction.

Cette clause est licite et s'applique même si elle permet aux parties de contourner l'impérativité des lois de police du *for* (705) : en pratique, l'État dont les lois de police sont applicables peut refuser de reconnaître les décisions de justice étrangères qui ont omis d'appliquer ces lois de police. On remarque toutefois en France un terrain propice à la réception des jugements étrangers. Ce type de refus devient exceptionnel.

La clause attributive de juridiction est licite en matière contractuelle. Sous l'influence du droit européen, la matière familiale est désormais ouverte aux justiciables. Ils peuvent désormais choisir la juridiction compétente, sous réserve que cette juridiction entretienne des liens suffisants avec le cas d'espèce. Tel est le cas pour le règlement « Successions » (706), le règlement « Régimes matrimoniaux » et le règlement « Effets patrimoniaux des partenariats ».

Attention

Les époux ne peuvent pas choisir la juridiction qui serait appelée à connaître de leur divorce : le règlement Bruxelles II *bis* n'a pas introduit cette possibilité.

La clause attributive de juridiction peut avoir deux effets : attribuer compétence aux juridictions élues et/ou conférer compétence exclusive au juge désigné en rendant incompétente toute autre juridiction (707).

La clause d'élection de *for* va attribuer une compétence internationale générale aux juridictions de l'État désigné, par exemple les tribunaux français, mais elle peut également conférer une compétence internationale seulement à une juridiction spécialement désignée (les tribunaux de Paris). Si la clause fait référence aux tribunaux français, il y aura lieu d'appliquer les règles de compétence territoriale interne à la France pour identifier la juridiction territorialement compétente.

En cas de litige à propos de l'existence d'une clause attributive de juridiction, quelle sera la loi applicable ?

La clause attributive de juridiction dépend, pour sa validité, d'une loi étatique. Cette loi applicable a pour objet de définir, à travers ses règles matérielles, les conditions de validité au fond. Pour déterminer la loi applicable, il faut consulter le droit international privé de l'État dont les juridictions ont été élues.

Il est conseillé aux notaires souhaitant insérer une clause attributive de juridiction dans un acte de préciser « les questions », « le domaine », que les parties entendent soumettre à la compétence exclusive du tribunal désigné. Par exemple : l'ensemble des litiges dérivant du contrat, ou les seuls litiges relatifs à l'exécution du contrat.

(705) Cass. 1re civ., 22 oct. 2008 : *Bull. civ.* 2008, I, n° 233 ; *Rev. crit. DIP* 2009, 69 ; *JDI* 2009, 11, M.-N. Jobart-Bachelier et F.-X. Train.

(706) Les articles 5 et 7 b du règlement « Successions » n° 650/2012 prévoient que les juridictions de l'État membre dont la loi a été choisie par le défunt sont compétentes si les parties leur ont attribué compétence selon une convention d'élection de *for*. Ces articles permettent donc de lier compétence juridictionnelle et loi applicable.

(707) Pour approfondissement, lire S. Clavel, *Droit international privé*, Dalloz, 4e éd. 2016, p. 219 et s.

Clause type

Choix de juridiction compétente / Élection de *for*
Conformément aux dispositions du règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « Rome I », les parties désignent le tribunal de grande instance du ressort du lieu de situation de l'immeuble pour juger de tout contentieux à venir intéressant le présent contrat.

TITRE IX

L'arbitrage

2305 Les litiges internationaux peuvent être soustraits à la compétence des juges étatiques par la conclusion d'une convention d'arbitrage. Cette convention est contenue dans une clause appelée « **clause compromissoire** » ou dans un **compromis**. Elle soumet donc les litiges à la juridiction d'un **juge privé**. Ce juge **tranche et rend** une décision (**une sentence arbitrale**) (708) opposable aux parties. L'arbitre est choisi par ces dernières selon les modalités qu'elles auront définies. L'arbitrage n'est pas un mode amiable mais un mode contentieux de règlement des conflits. Il est alternatif à celui consistant à saisir les juridictions étatiques.

L'étude des clauses compromissoires et de l'arbitrage international en général relève usuellement du droit du commerce international en ce qu'il intéresse avant tout les opérateurs du commerce international. L'existence d'une clause compromissoire a pour effet, si certaines conditions sont remplies, de priver les juges étatiques de toute compétence.

Si, dans la conciliation ou la médiation, les parties trouvent la solution par elles-mêmes, tel ne sera pas le cas dans l'arbitrage. En effet, le seul accord existant sera celui sur la désignation d'un arbitre, tiers neutre, digne de confiance qui sera chargé de trancher le litige et dès lors de rendre une sentence.

La première commission a abordé la question de l'arbitrage de façon liminaire sous l'angle de sa position au sein des conflits de juridiction (V. *supra,* n° 1292). Elle sera traitée ici dans la perspective du notaire qui peut s'interroger sur l'opportunité de prévoir une convention d'arbitrage dans son acte.

(708) La sentence arbitrale est le jugement rendu par le juge privé qu'est l'arbitre. C'est un acte juridictionnel, une décision de justice, de nature contentieuse.

SOUS-TITRE I

La convention d'arbitrage

CHAPITRE I L'arbitrage en droit international comparé à l'arbitrage en droit interne

Section I En droit interne

2306

– En droit interne. – L'arbitrage en droit interne n'étant pas le sujet de la présente étude, il ne sera évoqué que brièvement. 2307

Dans le passé, le domaine arbitrable en droit interne était restreint. En effet, avant 2001 l'arbitrage était interdit en matière civile.

La loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques, dite « loi NRE », a étendu son champ d'application aux contrats conclus à raison d'une activité professionnelle (antérieurement la clause compromissoire n'était utilisable qu'en cas de litiges entre commerçants). Puis le décret du 13 janvier 2011 a réformé le droit français de l'arbitrage en y insérant les acquis de la jurisprudence. Mais c'est surtout la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, dite « loi J21 », qui a élargi son domaine en l'étendant au règlement des litiges entre non-professionnels ainsi qu'en dispose l'article 2061 du Code civil.

Le Code civil a donc posé le principe de validité de la clause compromissoire (709). La partie qui n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle pouvant toutefois refuser de s'y soumettre (710), on parle désormais d'opposabilité de la clause compromissoire.

Dans les faits, on constate que l'arbitrage interne évolue en se rapprochant du mode de fonctionnement de l'arbitrage commercial en droit international.

La France ayant adopté un régime juridique dit « dualiste » entre l'arbitrage interne et international (tel n'étant pas le cas de tous les pays), le régime juridique de l'arbitrage international est alors propre.

Il faut retenir que les textes qui intéresseront l'arbitrage international sont les articles 1504 à 1527 du Code de procédure civile, et les articles relatifs à l'arbitrage interne applicables à l'arbitrage international en vertu de l'article 1506 du Code de procédure civile.

Section II En droit international

– En droit international. – En vertu de l'article 1504 du Code de procédure civile : « Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ». On l'apprécie par conséquent au regard d'un critère économique qui s'attache au litige. 2308

(709) C. civ., art. 2061, al. 1.
(710) C. civ., art. 2061, al. 2.

L'arbitrage international est plus libéral que celui applicable en droit interne. Ce mode de règlement des litiges est conventionnel par son origine (la convention d'arbitrage) et juridictionnel par ses effets (la sentence arbitrale). En pratique l'arbitrage ne distingue plus entre les matières civile et commerciale.

Pour distinguer entre l'application du droit interne ou international de l'arbitrage, il faut se reporter au **critère économique**. En pratique, ce critère est source de contentieux car il est large. La Cour de cassation (711) indique dans un arrêt que : « L'arbitrage n'est international que s'il met en cause les intérêts du commerce international ; que le financement par une fondation étrangère de la construction d'un bâtiment en France, dont la maîtrise d'ouvrage est confiée à un établissement public à caractère scientifique, et dont la destination est l'accueil d'un centre de recherche médical dépendant dudit établissement constitue une opération étrangère au commerce international et insusceptible de mettre en cause les intérêts de ce dernier ; que la cour d'appel a donc violé, par fausse application, l'article 1492 du Code de procédure civile ; **alors d'autre part** qu'un mouvement de fonds en provenance de l'étranger ne met pas en cause, à lui seul, les intérêts du commerce international ; qu'en se bornant à constater que le contrat prévoyait le versement, en France, de fonds en provenance de la Fondation norvégienne, sans caractériser la mise en cause des intérêts du commerce international, la cour d'appel a violé l'article 1492 du Code de procédure civile ».

Par conséquent, la qualification d'arbitrage interne ou international ne dépend pas du droit applicable au fond, ni du droit applicable à la procédure, ni surtout de la volonté des parties. Elle dépend de la nature de l'opération économique, mais uniquement de celle qui est à l'origine du litige. **Pour juger du caractère international, il faut se placer au moment de la naissance du litige et il faut que le litige soit international (peu importe que le contrat soit ou non international)** (712).

En pratique

Dans un arbitrage, la qualification d'interne ou d'international est importante. Elle permet de déterminer les principes de fond et de forme applicables, notamment les conditions de validité de la convention, les règles de procédure applicables ou les voies de recours ouvertes.

CHAPITRE II Fonctionnement de l'arbitrage en droit international

Section I Développement de l'arbitrage

2309 Le phénomène d'arbitrage est en développement dans le domaine du droit interne, alors qu'il est déjà le mode habituel de règlement des litiges du commerce international.

En droit international, toutes les personnes qui souhaitent échapper aux juridictions nationales n'ont pas d'alternative et se tournent vers l'arbitrage.

Ce type de règlement des litiges a principalement pour avantages **la confidentialité et la discrétion**. En effet, la justice étatique est publique, alors que l'arbitrage est confidentiel.

(711) Cass. 1re civ., 26 janv. 2011, no 09-10.198 : *Rev. crit. DIP* 2011, note M. Laazouzi.
(712) Cass. 1re civ., 30 juin 2016, nos 15-13.755, 15-13.904 et 15-14.145.

Les parties au contrat peuvent souhaiter que l'existence de leur litige, ainsi que la sentence arbitrale, ne soient pas ébruitées : soit par discrétion, soit par volonté de ne pas ternir leur image. Parfois la publicité d'un procès peut être nuisible. En effet, une entreprise ayant besoin de contracter un emprunt serait vis-à-vis de la banque dans une situation plus délicate, cette dernière serait alors plus indécise ou le taux de l'emprunt pourrait être plus important.

Dans ce sens, il faut rappeler que l'instance arbitrale se déroule à huis clos.

Toutefois en pratique, et de façon indirecte, soit par le biais des voies de recours exerçables contre la sentence arbitrale, soit aussi à l'occasion de la procédure d'*exequatur*, le litige peut faire l'objet d'une publicité. La confidentialité n'a donc pas un caractère absolu. Parfois la confidentialité est mise à mal par l'une des parties qui divulgue des informations dans la presse afin de mettre une pression sur la partie adverse.

L'arbitrage aurait également l'avantage d'être **une justice plus rapide et donc efficace**. Cette idée n'est pas toujours réelle en matière d'arbitrage international.

En effet, contrairement à l'arbitrage applicable en droit interne qui prévoit (713) « que si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, la durée de la mission du tribunal arbitral est limitée à six mois à compter de sa saisine », tel n'est pas le cas en matière d'arbitrage commercial international. Aucun délai n'est fixé, sauf si les parties en ont stipulé un dans la convention d'arbitrage ou éventuellement si elles se sont référées à un règlement d'arbitrage ou une loi qui en prévoit un.

Dans les faits, tant l'éloignement des parties que la complexité des dossiers, ainsi que la disponibilité des conseils ne rendent pas nécessairement ce mode de justice plus rapide ou efficace.

Est-ce que l'arbitrage est moins onéreux ? C'était le cas dans le passé. Aujourd'hui il n'est plus possible de l'affirmer. En effet, les parties doivent supporter les honoraires des conseils (qui sont souvent des cabinets spécialisés), des arbitres et bien souvent de l'institution d'arbitrage.

Ces honoraires et frais sont à la charge des parties. Cette procédure est bien souvent plus onéreuse que celle de la justice étatique.

En matière internationale, l'arbitre choisi est censé être un professionnel aguerri, car l'idée prévaut que le juge retenu par les parties est un spécialiste dans la matière dont dépend le litige à trancher, possédant du temps et les compétences, en particulier linguistiques, nécessaires.

Section II La convention d'arbitrage est appelée « clause compromissoire » ou « compromis »

2310 L'arbitrage ayant pour essence une adhésion volontaire à ce mode règlement des litiges par les parties, il faut par conséquent que ces derniers aient manifesté leur volonté commune d'y recourir : cette volonté s'exprime par une convention d'arbitrage.

Cette convention peut être de deux types :

- si la clause est prévue pour trancher le ou les litiges éventuels, on parle de clause compromissoire : l'accord d'arbitrage existe alors même que le litige n'est qu'éventuel ;

(713) CPC, art. 1463.

– à l'inverse, si le litige est déjà né, les parties peuvent décider de le soumettre à un juge ou une collégialité de juges choisis par eux : il s'agit alors d'un compromis.

En pratique

En droit international, c'est essentiellement la clause compromissoire qui est utilisée alors que le compromis reste subsidiaire.

Les parties peuvent compromettre même au cours d'une instance déjà engagée devant une juridiction (714). Il serait parfois intéressant de proposer cette procédure dans le cadre de successions internationales complexes ou bloquées. Ces dossiers engorgent les tribunaux et finissent par être plus onéreux que la procédure d'arbitrage. Surtout si l'on considère que la perte de temps entraîne pour les parties une perte d'argent (par ex. : absence de revenus si désaccord à propos de la location des biens).

Section III Matière arbitrable

2311 L'arbitrabilité peut être définie comme étant l'aptitude d'une question litigieuse à faire l'objet d'un arbitrage (715).

Attention, on ne doit recourir à l'arbitrage que si la matière du litige est arbitrable. D'un point de vue interne français, sont inarbitrables les litiges relatifs à des droits non disponibles en vertu de l'article 2059 du Code civil, ainsi que sur « les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps (...) et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public » en vertu de l'article 2060 du même code.

Qu'en est-il en matière d'arbitrage commercial international ? La jurisprudence (716) considère que l'ordre public interne n'est pas de nature à faire obstacle à l'arbitrabilité des litiges. Toutefois, l'arbitre aura l'obligation de respecter ce dernier pour rendre sa sentence, en particulier au regard de la nécessité de s'assurer de son caractère exécutable. Notons qu'il existe malgré tout quelques questions qui restent inarbitrables : celles qui intéressent l'ordre public international, ce dernier étant compris comme plus restreint que l'ordre public interne.

Section IV Validité de la convention d'arbitrage

2312 **La clause compromissoire est autonome par rapport aux lois étatiques :** elle doit être valablement conclue. La validité de celle-ci ne s'apprécie pas au regard de la loi du contrat (c'est-à-dire de la loi désignée par la règle de conflit applicable en matière contractuelle), mais en considération d'une règle matérielle française de portée générale directement

(714) CPC, art. 1446.
(715) P. Level, *L'arbitrabilité : Rev. arb.* 1992, p. 213.
(716) En ce sens, Cass. 1re civ., 8 juill. 2010 : *Rev. crit. DIP* 2010, p. 743, note D. Bureau et H. Muir Watt.

applicable dès lors que les juridictions françaises sont saisies (717). L'existence et l'efficacité de cette clause s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique.

La clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence (même si les deux sont inclus dans le même acte) : il s'agit de deux conventions différentes, le contrat principal prévoyant la création de droits subjectifs et la clause compromissoire stipulant un droit d'action lié à ces droits. Ce principe d'indépendance de la clause a une origine jurisprudentielle (718) et a été repris par l'article 1447 du Code de procédure civile. Cet article est applicable dans l'arbitrage international comme faisant partie de la liste des articles énoncés par l'article 1506 du Code de procédure civile. La clause compromissoire fonctionne donc comme si elle était « **un contrat dans le contrat** » (719). Il en découle que l'arbitre est compétent pour statuer dans le cas où l'une des parties soulève une cause d'inefficacité du contrat et il est en droit, à travers sa sentence, de déclarer le contrat inefficace.

En application de ces principes, il faut savoir qu'il sera très difficile pour l'une des parties d'obtenir en droit français l'annulation d'une clause compromissoire.

À retenir

Les dispositions du droit interne applicables à la clause compromissoire, notamment l'article 2061 du Code civil (720) ne s'appliquent pas en matière d'arbitrage international. Par conséquent, les règles de validité d'une convention d'arbitrage international sont particulièrement libérales et lui sont propres. Il suffit d'un consentement des parties, et que la convention ne soit pas contraire à l'ordre public international. Dès lors, il convient davantage d'apprécier la situation en termes d'opposabilité de la clause compromissoire. Par exemple, en présence d'une partie faible comme le salarié (721), la clause compromissoire est inopposable à celui-ci. Ce dernier bénéficie de l'option de l'accepter ou de préférer le recours aux tribunaux étatiques.

Pour être valable, cette clause doit avoir été acceptée par des parties ayant la capacité de la conclure. Il faut alors se poser la question de la nature du pouvoir de compromettre entre actes de disposition ou d'administration. En effet, selon la réponse, il faudra parfois que l'une des parties dispose de pouvoir spécial pour conclure. La jurisprudence considère le pouvoir de compromettre comme un acte de gestion courante (722).

En matière d'arbitrage interne, cette clause, conformément à l'article 1443 du Code de procédure civile, doit être écrite, à peine de nullité. Elle peut être contenue dans un acte authentique, ou sous seing privé et également résulter d'un simple échange d'écrits. **En droit international, l'article 1443 du Code civil n'est pas applicable**, il y a lieu de **se**

(717) Cass. 1re civ., 20 déc. 1993, *Dalico : Rev. crit. DIP* 1994, p. 663, note P. Mayer.
(718) Cass. 1re civ., 7 mai 1963, *Gosset : Rev. crit. DIP* 1963, p. 615, note Motulsky.
(719) Formule de Motulsky, note préc.
(720) Cet article indique que : « La clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée. Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée ». L'article 2061 du Code civil ne s'applique pas dans l'ordre international : Cass. 1re civ., 5 janv. 1999, *Zanzi*.
(721) Cass. soc., 28 juin 2005 : *JDI* 2006, p. 616, note S. Sana-Chaillé de Néré.
(722) Pour approfondissement, V. C. Jarrosson : *JCl. Commercial*, Fasc. 199, *Arbitrage commercial*, nº 31.

référer à l'article 1507 du Code de procédure civile qui dispose que « la convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme ».

On se contentera alors de l'existence d'un consentement, quel qu'en soit le mode d'expression. Par conséquent, il faut retenir qu'une convention d'arbitrage verbale est valable, même si cela reste théorique, car en pratique on se réfère toujours à une convention écrite, quelle que soit sa forme, sans toutefois exiger une mention obligatoire. D'ailleurs, cette convention figure parfois dans un document annexe. Il s'agit alors d'une clause d'arbitrage par référence.

Au surplus, sans cette convention, il sera impossible d'obtenir l'*exequatur* en France de la sentence, car elle est exigée sous forme écrite en application de l'article 1443 du Code de procédure civile.

Cette clause a pour effet d'investir l'arbitre du pouvoir juridictionnel pour trancher le litige au fond.

Mais avant tout, il faut souligner que l'arbitre est également seul compétent pour statuer sur sa propre compétence. En effet, les juges étatiques sont privés de compétence et le Code de procédure civile impose que les juridictions étatiques se déclarent incompétentes si l'une des parties l'invoque en vertu de l'article 1448, alinéa 2 du Code de procédure civile.

Le juge étatique ne sera compétent que si la convention est manifestement nulle ou inapplicable (723).

La clause compromissoire est opposable au subrogé (724) dans les droits d'une partie, ainsi qu'au cessionnaire du contrat qui la contient. La convention d'arbitrage fait l'objet d'une transmission « automatique ».

Section V L'arbitre

2313 L'arbitre en matière internationale est un tiers, personne physique ou morale (725), qui a pour mission de juger. Il faudra recueillir son acceptation.

L'arbitrage est soumis au principe de confidentialité. Les arbitres, les conseils, les témoins et experts requis sont tenus par cette obligation. Cela s'explique par la volonté de protéger l'image des parties, surtout s'il s'agit d'entreprises ou de professionnels.

La clause d'arbitrage, sous réserve de ne pas être discriminatoire, peut imposer des conditions que l'arbitre devra remplir. Tel serait le cas en matière linguistique, et également en matière de nationalité si toutefois ce critère est indiqué pour obtenir une meilleure indépendance du juge (la nationalité indiquée devra être différente de celles des parties).

En droit interne, et en application de l'article 1451 du Code procédure civile, les arbitres doivent être en nombre impair. En matière internationale, cela n'est pas obligatoire. Il est toutefois préférable de respecter cette norme dans un souci d'efficacité. Cela permettra de dégager une majorité.

(723) CPC, art. 1448, al. 1er, sous réserve toutefois que les parties n'en soient convenues autrement en application de l'article 1506 du Code de procédure civile.
(724) CA Paris, 13 nov. 1992 : *Rev. arb.* 1993, p. 632, note J.-L. Goutal.
(725) Il est possible, en matière internationale, de désigner comme arbitre une personne morale. Cette dernière fera exécuter la mission par une personne physique qu'elle prendra le soin de désigner.

Juridiquement il n'existe aucun texte mentionnant les conditions particulières pour devenir arbitre. Les auteurs sont cependant unanimes pour retenir que l'arbitre doit être majeur, posséder le plein exercice de ses droits, être indépendant et impartial. Le notaire ne peut être à la fois le notaire chargé de la succession et l'arbitre du dossier (726).

Un arbitre ayant accepté sa mission doit la mener à son terme et ne peut démissionner. Toutefois, il peut être révoqué si l'ensemble des parties sont d'accord ou si le juge étatique saisi en décide.

Section VI Le tribunal arbitral

2314 Ce tribunal est constitué dès que le dernier des arbitres a accepté sa mission. En cas de difficultés, le juge étatique intervient en collaboration et en qualité de juge d'appui : il est censé débloquer la procédure d'arbitrage en réglant la difficulté de constitution. Cette collaboration est prévue en France, mais tel n'est pas le cas dans tous les pays.

En pratique il faut distinguer le siège de l'arbitrage du lieu de l'arbitrage : en effet, les parties peuvent indiquer dans la convention d'arbitrage que les réunions et les opérations se dérouleront dans tel pays alors que le siège (donc le rattachement juridique) dépendra d'un autre pays. Or le juge d'appui dépendra de la juridiction étatique du lieu du siège de l'arbitrage.

Le plus souvent, et dans le silence des parties, c'est l'arbitre qui détermine les règles de procédure qui seront appliquées. Mais les parties peuvent choisir expressément une loi applicable à la procédure arbitrale (cette dernière pourrait être différente de la loi qui régit le fond du litige), ou soumettre cet arbitrage à un règlement de procédure proposé par des centres d'arbitrage.

Par conséquent, l'arbitre ayant un pouvoir juridictionnel, il n'est pas tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques. Il dirige l'instance. Toutefois, l'arbitrage étant un procès, il aura l'obligation de respecter les principes impératifs et fondamentaux de l'instance pour assurer un procès équitable, tels que la détermination de l'objet du litige, de l'obligation pour les parties de produire des éléments de preuve à l'appui de leurs prétentions, et surtout le principe du contradictoire.

En matière internationale, il n'existe pas de délai particulier pour rendre la sentence. Toutefois, si les parties en ont prévu un dans la convention, alors il ne peut être prorogé que par l'accord des parties ou par le juge d'appui. L'arbitre ne peut lui-même en décider (727).

Section VII Valeur de la sentence arbitrale

2315 **La Convention de New York du 10 juin 1958** (convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales), qui est une convention multilatérale à vocation universelle ratifiée par la France (celle-ci regroupe environ cent cinquante pays), organise la réception des sentences arbitrales étrangères et favorise la circulation de celles-ci entre les

(726) Cass. 1re civ., 4 nov. 2015, no 1206, *Vasarely*.
(727) Cass. 1re civ., 15 juin 1994 : *Rev. crit. DIP* 1994, p. 680, note D. Cohen.

États. Le droit positif, spécialement en France, est favorable à l'accueil et à l'efficacité des sentences.

La sentence qui est rendue par l'arbitre sera revêtue de l'autorité de la chose jugée, mais elle ne sera pas revêtue de la force exécutoire.

Il est prévu que la partie qui souhaite obtenir l'exécution forcée de la sentence puisse solliciter l'*exequatur*. L'absence en bas du jugement de la formule exécutoire est l'inconvénient principal de l'arbitrage. Par conséquent, l'arbitrage présente le risque, si la partie condamnée ne s'exécute pas, de devoir se prolonger devant les juridictions étatiques, tant par le biais de la procédure d'*exequatur* que par des voies de recours éventuelles.

La procédure d'*exequatur* consiste à demander au juge étatique de conférer à la sentence la force exécutoire que l'arbitre n'a pas le pouvoir de lui conférer. Dans ce cas, l'ordonnance d'*exequatur* est rendue par le tribunal de grande instance de Paris si la sentence a été rendue à l'étranger, ou par le juge dans le ressort duquel la sentence arbitrale a été rendue. La requête au juge de l'*exequatur* doit être accompagnée de l'original de la sentence et d'un exemplaire de la convention d'arbitrage ou de leurs copies réunissant les conditions requises pour leur authenticité.

En pratique

Il faudra distinguer entre les voies de recours exerçables contre la sentence elle-même et celles visant la décision du juge de l'*exequatur*.

SOUS-TITRE II

Place du notaire dans le processus d'arbitrage

2316 En pratique, et pour l'instant, le notariat est peu présent en matière d'arbitrage international. Il est rarement arbitre international et il préconise avec modération la clause compromissoire ou le compromis en la matière. Il faut reconnaître que ce « marché » est plus particulièrement entre les mains de cabinets d'avocats spécialisés. En matière d'arbitrage interne, la clause compromissoire est désormais plus souvent proposée par les notaires aux parties contractantes.

SOUS-TITRE III

Place de la clause compromissoire dans les actes notariés

2317 Si l'arbitrage international demeure peu préconisé dans les actes notariés français, d'autres professionnels l'utilisent plus facilement, notamment en Allemagne. Ceci s'explique peut-être par le fait que les notaires allemands, bénéficiant du monopole des actes en matière de cessions de titres sociaux, sont plus souvent confrontés aux actes de commerce internationaux. Par conséquent, ils ont été sensibilisés plus tôt à l'arbitrage en commerce international. Dans ce pays, l'arbitrage patrimonial est également plus utilisé qu'en France.

– En matière de commerce international. – Les contours sont désormais bien définis et rien ne s'oppose en pratique à son usage. Il convient pour les notaires d'expliquer aux parties l'existence, les avantages, mais aussi les inconvénients relatifs à l'insertion d'une convention d'arbitrage.

Il faut rappeler qu'il suffit que l'un des éléments à l'origine du litige intéresse l'économie de plus de deux pays pour que l'arbitrage soit qualifié d'arbitrage international.

– En matière de droit patrimonial international. – L'arbitrage international peut-il être inséré dans les contrats familiaux ?

Dans le cadre du règlement d'une succession, on peut constater que le règlement « Successions » nº 650/2012, dans ses dispositions intéressant la compétence juridictionnelle et la reconnaissance et l'exécution des décisions, ne mentionne pas l'arbitrage. Nombre d'autres règlements de l'Union européenne ont pris le soin d'exclure l'arbitrage de leur champ d'application. Comment faut-il interpréter ce silence ?

Selon un auteur (728), l'arbitrage peut s'appliquer en matière successorale : il y a lieu de distinguer entre la loi applicable au litige et celle applicable à l'arbitrage. Et de conclure que « sous l'angle de la loi applicable au litige, ce règlement va et doit retrouver son empire ». Cet auteur continue son analyse en distinguant le cas du défunt ayant choisi sa loi nationale comme loi applicable à sa succession (alors le tribunal arbitral appliquera cette loi nationale) et le cas du défunt qui n'a pas choisi de loi applicable (à défaut de choix de loi applicable, le tribunal arbitral appliquera la loi de la dernière résidence habituelle du *de cujus*).

Enfin, il s'interroge sur la possibilité d'imaginer, dans le cadre d'une succession, le cas d'un défunt ayant rédigé un testament dans lequel serait insérée une clause compromissoire comme charge au terme de laquelle les litiges relatifs à la répartition des actifs seraient tranchés par un tribunal arbitral.

On comprend l'intérêt du recours à l'arbitrage dans un tel cas. Mais d'autres questions affluent : la clause compromissoire contenue dans un testament avec charge pourra-t-elle être reconnue par le juge ? Car la jurisprudence favorise le critère de la nature des relations économiques. En effet, le critère économique ne couvrira pas tous les cas comportant des éléments d'extranéité. À cette première question, il semble que l'on doive répondre positivement. D'autre part, l'un des héritiers pourrait-il s'y opposer ou pourrons-nous considérer que la clause compromissoire s'impose au titre de cette charge, ou au titre d'une subrogation conventionnelle (729) ?

Un autre auteur (730) affirme également que le silence du règlement européen nº 650/2012, ne peut être entendu comme excluant le recours à l'arbitrage en matière successorale. L'arbitrage serait possible et le tribunal arbitral ne serait pas tenu d'appliquer les règles de compétence tel que prévu par ce dernier. Selon lui, la juridiction arbitrale ne pourra bénéficier du mécanisme de l'article 8 du règlement qui prévoit la possibilité pour les parties d'échapper à une procédure successorale ouverte d'office par une juridiction (731).

Il relève deux types d'obstacles qui pourraient empêcher ou limiter le recours à l'arbitrage en matière successorale : un obstacle relevant de l'arbitrabilité de certains litiges et un second relatif à la question relative au consentement à l'arbitrage.

(728) C. Nourissat, *L'apport du droit de l'Union européenne à l'arbitrage : JCP* N 23 déc. 2016, nº 51-52, p. 33.
(729) CA Paris, 13 nov. 1992 : *Rev. arb.* 1993, p. 632, note J.-L. Goutal.
(730) P. Wautelet, *Le recours à l'arbitrage en matière de succession internationale : JCP* N 23 déc. 2016, nº 51-52, p. 42.
(731) En ce sens, A. Dutta, *Art. 8 EuErbVO,* in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.*

– En ce qui concerne la question de l'arbitrabilité des litiges en matière successorale. – En vertu de l'article 1504 du Code de procédure civile, « Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ». On l'apprécie par conséquent au regard d'un critère économique qui s'attache au litige. Peut-on affirmer qu'en matière patrimoniale les litiges mettent en cause des intérêts du commerce international ?

Une succession consiste à transférer des valeurs patrimoniales d'une personne (le *de cujus*) à une autre (l'héritier). Les litiges qui pourraient naître à l'occasion de ce transfert semblent relever des intérêts économiques, car il s'agit de droits évaluables en argent. Par conséquent, le critère économique ne semble pas réellement poser de difficulté. D'ailleurs de nombreux commentateurs confirment l'arbitrabilité des litiges successoraux (732).

Les limites : la clause compromissoire pourra valablement figurer dans des contrats familiaux, mais il faudra toutefois que les parties n'aient pas stipulé sur des droits indisponibles : par exemple la filiation de l'un des comparants. Dans un tel cas, et selon cet auteur, la sentence arbitrale ne pourra être prononcée par l'arbitre qu'après traitement par le juge étatique de cette difficulté.

Dans le même sens, une clause unilatérale imposant le recours à l'arbitrage ne semble pas pouvoir porter sur les droits réservataires (733). Par conséquent, si la liquidation de la succession risque de soulever des contestations tenant à la mise en œuvre de droits réservataires, alors il est préférable de ne pas envisager l'arbitrage ou de l'envisager avec beaucoup de prudence.

– En ce qui concerne la question du consentement à l'arbitrage. – Lorsque la convention d'arbitrage a fait l'objet d'un accord de l'ensemble des héritiers (tel est le cas en présence d'un pacte successoral liant toutes les personnes intéressées par une succession, une donation-partage), alors le consentement à l'arbitrage ne pose pas de difficulté.

À l'inverse, lorsque les héritiers seront tenus à l'arbitrage suite à un acte régularisé par le *de cujus* seul ou en présence de certains héritiers seulement, faut-il alors considérer que la convention d'arbitrage est inapplicable ?

Dans le cadre d'un testament prévoyant le recours à l'arbitrage, cette question semble recevoir de la part des commentateurs une réponse négative, et de nombreuses réserves sont évoquées (734).

(732) En Belgique : P. Wautelet, *op. cit.* ; en France : A. Depondt, *De l'intérêt de recourir à l'arbitrage et à la conciliation : JCP* N 2015, n° 17-18, 1141 ; en Suisse : J. Perrin, *De l'arbitrabilité des litiges successoraux : Bull. ASA* 2006, 417, 419-420.

(733) En ce sens, position de la cour d'appel de Munich, P. Wautelet, *op. cit.*, p. 45.

(734) Approfondissement sur cette analyse et les possibilités de contournement, P. Wautelet, *op. cit.*, p. 47.

DEUXIÈME PARTIE

La circulation internationale de l'acte

2318 Depuis fort longtemps, le juriste a cherché à préserver une sécurité toute particulière à un acte authentique – acte public – devant circuler à l'international.

La présente partie a pour ambition d'aborder les règles spécifiques en matière de circulation internationale de l'acte authentique.

Que la France soit l'État source (l'État dans lequel l'acte a été établi), ou bien l'État d'accueil (l'État dans lequel l'acte établi à l'étranger doit produire ses effets), l'espace international qui « transcende les frontières » (735) connaît un tel enchevêtrement de normes, selon les traités, les conventions internationales (bilatérales ou multilatérales) et tout récemment le règlement « Documents publics » (736), que le régime de validité, de reconnaissance et d'exécution de l'acte circulant entre l'État source et l'État d'accueil relèvera d'une grande diversité d'obligations formelles ou au contraire en sera dispensé.

Le titre I sera consacré à la plus ancienne de toutes les formalités internationales, la légalisation. De son principe **(Sous-titre I)** entre fondement et modalités, à ses exceptions **(Sous-titre II)**, entre la formalité simplifiée de l'apostille jusqu'à sa dispense pure et simple.

Le titre II traitera de la circulation de l'acte authentique, rendue possible au moyen des théories de la reconnaissance et de l'acceptation **(Sous-titre I)**, de l'équivalence ou de la prise en considération, selon que l'acte doit circuler hors de l'Union européenne **(Sous-titre II)** ou en son sein **(Sous-titre III)**.

(735) H. Fulchiron, *La reconnaissance, jusqu'où ?*, in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières : Mél. en l'honneur du Professeur B. Ancel*, LGDJ, Paris-Madrid, 2018, p. 647.

(736) Règl. européen nº 2016/1191, 6 juill. 2016, dit « Documents publics », entré en application au 16 février 201 (V. *supra* , nº 2119).

TITRE I

La légalisation, entre principe et exceptions

La circulation de l'acte notarié dans un contexte international rencontre une difficulté d'une importance majeure : comment assurer à un acte établi dans le pays d'origine (ou le pays source) (737) la preuve de son origine, afin qu'il produise les effets attendus dans le pays de destination (ou pays d'accueil) ? **2319**

La formalité de la légalisation fonde son principe précisément dans la résolution de cette difficulté.

SOUS-TITRE I

Le principe de la légalisation

Avant d'approfondir les modalités de délivrance de la légalisation **(Chapitre II)**, il est proposé préalablement d'étudier les fondements de la légalisation **(Chapitre I)**. **2320**

CHAPITRE I Comprendre la légalisation

La légalisation a été créée pour avoir la certitude que le document établi à l'étranger est véritable et sincère, afin de produire pleinement ses effets juridiques en France. **2321**

La légalisation ne fera pas exception à l'approche méthodologique des travaux de cette commission. Elle est illustrée par les cas suivants :

Cas pratiques

Le cas « Van Morgen » étudié ci-dessus (V. *supra*, n° 2189) est repris pour les besoins de l'espèce. Un bref rappel de l'énoncé pourrait être utile : Me Dupond, notaire à Cannes, doit établir l'avant-contrat puis l'acte de vente d'une propriété située à Antibes, quartier du Cap entre le vendeur, M. Cornélius Van Morgen (Néerlandais vivant à Amsterdam) et l'acquéreur, M. Peter Smith, Anglais domicilié en Angleterre. Aucune des parties ne sera présente lors de la signature des actes. Elles seront représentées aux actes au moyen des procurations étudiées ci-dessus (V. *supra*, n° 2190).

Par quel moyen Me Dupond aura-t-il la certitude que les mandats à lui présentés ont bien été signés par M. Van Morgen et M. Smith, l'un à Amsterdam et l'autre à Londres ? Même si les traductions jurées des documents écrits dans les langues maternelles des parties lui ont été communiquées, comment Me Dupond peut-il engager sa responsabilité avec l'assurance de la véracité des mandats, de la certitude des signatures apposées, ainsi que de la qualité des autorités

(737) H. Fulchiron, dans son article précité, utilise les expressions « État source » et « État d'accueil » (*La reconnaissance, jusqu'où ?*, in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières : Mél. en l'honneur du Professeur B. Ancel, op. cit.*, p. 649.

locales ayant certifié les signatures ? La formalité est-elle la même pour les deux procurations ? Autres exemples : une procuration signée en France pour recueillir une succession au Liban doit-elle faire l'objet d'une formalité particulière pour produire ses effets au Liban ? Au Danemark, la même formalité sera-t-elle nécessaire ? Et *quid* d'une procuration signée en France pour acquérir un bien en Allemagne (738) ?

La formalité de la légalisation vise précisément à résoudre ce type de difficultés. Elle assure au notaire qui reçoit un document établi à l'étranger que ce dernier peut valablement produire ses effets en France : la légalisation certifie « la sincérité de l'origine du document » (739), garantissant ainsi au notaire une parfaite légalité formelle quant à l'autorité ayant émis ou certifié le document à lui présenté.

En d'autres termes, la légalisation confirme que l'autorité étrangère qui délivre le document (ou le certifie) est bien connue du consul français situé dans la même circonspection que ladite autorité locale.

Par la légalisation qu'il appose sur le document devant être produit en France, le consul de France atteste qu'à sa connaissance, l'autorité étrangère exerce bien la fonction qui lui permet d'être habilitée et qualifiée pour le délivrer ou le certifier (740).

La légalisation facilite ainsi « dans les relations internationales la preuve de l'authenticité d'un acte ou d'un document établis conformément aux règles de droit interne et favorise leur production et leur admission à l'étranger » (741).

Section I Son fondement juridique

§ 1 Le fondement légal : l'ordonnance royale de la marine d'août 1681

2322 L'origine de cette formalité est ancienne : on la rencontre pour la première fois dans l'ordonnance royale de la marine d'août 1681, connue sous le nom de « l'ordonnance de la marine ».

Dans le livre Ier, titre IX, l'article 23 disposait que : « Tous actes expédiés dans les pays étrangers où il y aura des consuls ne feront aucune foi, s'ils ne sont pas par eux légalisés » (742).

En ces temps reculés, la formalité était vraiment nécessaire compte tenu du fait que les notions de distance, d'espace et de temps se mesuraient en jours de chevauchée, de carrosse

(738) Ces exemples concrets sont tirés de l'ouvrage de Mme Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 9e éd. 2018, exemples no 230, p. 721, no 231, p. 722 et no 232, p. 724.

(739) G.-A.-L. Droz, *L'activité notariale internationale : RCADI* 1999, t. 280, p. 103.

(740) Pour une illustration historique, concrète et pourtant très actuelle de cette formalité, V. P. Tarrade, *La circulation d'un acte notarié hier et aujourd'hui : Remarques à propos d'un exemple romain de 1714*, à paraître dans la *Revue internationale d'Histoire du notariat, Le Gnomon* janv.-mar. 2019, no 198. Dans cet article, l'auteur analyse notamment la mention manuscrite portée par le consul de France à Rome afin d'assurer la recevabilité de l'acte établi en Italie et devant produire effet en France. Il souligne également la nécessité déjà en ces temps de la traduction qui est mentionnée sur l'acte (une procuration) afin de respecter l'obligation légale selon laquelle l'acte notarié doit être rédigé en français.

(741) Instr. gén. relative à l'état civil (IGREC), 11 mai 1999, § 587 (en ligne : www.legifrance.gouv.fr).

(742) IGREC, § 592 (en ligne sur Legifrance, consulté le 21 oct. 2018).

ou encore de mer, rendant impossible le contrôle sur l'origine du document au moment de sa présentation sur le sol français. Aujourd'hui, si ces difficultés semblent bien abolies avec les moyens de transport et de communication, par internet, fax ou téléphone, le principe de la légalisation demeure tout de même.

Il résultait de ce texte que les actes publics établis par une autorité étrangère devaient toujours être légalisés par des agents diplomatiques français, le plus souvent par les consuls de France accrédités dans les pays où les documents avaient été établis.

De plus, les dispositions de l'article 3 du décret n° 46-2390 du 23 octobre 1946 relatif aux attributions des consuls prévoyaient en matière de procédure que : « Les consuls sont tenus de légaliser les signatures des fonctionnaires publics de leur circonscription, que ceux-ci aient dressé l'acte ou qu'ils l'aient simplement eux-mêmes légalisé. Ils ne manqueront pas, dans tous les cas, de mentionner la qualité du signataire à l'époque où il a dressé l'acte ou l'a légalisé. Ils peuvent, d'autre part, légaliser les actes sous seing privé passés par les Français résidant dans leur circonscription ».

Le développement des relations internationales et les usages diplomatiques ont considérablement évolué : il a d'abord été admis, par exemple, que les documents publics établis dans un pays étranger pouvaient être légalisés par les consuls de ce pays accrédités en France, sauf à faire, en outre, viser le document par le ministère des Affaires étrangères.

Par la suite, compte tenu de l'évolution du droit consulaire, le ministère des Affaires étrangères a renoncé, à compter du 18 janvier 1967, à viser les documents établis dans un pays étranger et légalisés en France par le consul de ce pays ainsi que ceux établis par un consul étranger en France (743).

Par ailleurs, en vertu de l'article 2 du décret n° 91-152 du 7 février 1991 relatif aux attributions notariales des agents diplomatiques et consulaires, les chefs de mission diplomatique pourvue d'une circonscription consulaire et les chefs de poste consulaire (744) avaient qualité pour instrumenter à l'égard de tous les Français, dans la limite de leur circonscription consulaire sauf force majeure.

Ils étaient également compétents pour recevoir les actes destinés à être produits en territoire français par des ressortissants étrangers (745).

Depuis cette date, peuvent être acceptés en France, tant par les administrations publiques, les notaires, que par les particuliers, les documents, copies ou extraits qui sont :
- soit légalisés à l'étranger, par un consul de France ;
- soit légalisés en France, par le consul du pays où ils ont été établis ;
- soit établis en France, par un consul étranger sur la base d'actes conservés par lui.

La formalité de la légalisation a beaucoup évolué depuis le XVII^e^, tant dans ses fondements juridiques que dans ses modes opératoires.

§ II L'abrogation de l'ordonnance de la marine par ordonnance du 21 avril 2006

L'article 7-II-7°) de l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006, relative à la partie législative du Code général de la propriété des personnes publiques abroge expressément l'ordonnance **2323**

(743) IGREC, § 593.

(744) Ainsi que les chefs de section consulaire auprès du poste diplomatique, les chefs de chancellerie auprès du poste consulaire, ou encore les gérants d'un poste diplomatique ou consulaire (sous réserve qu'il soit de catégorie A ou B).

(745) A. 28 sept. 2018 : *JO* 9 oct. 2018. Les attributions notariales dont les agents consulaires étaient investis depuis le décret de 1991 leur ont été supprimées (V. *supra*, n° 2084).

royale d'août 1681, seul texte légal consacrant l'existence de la formalité de la légalisation en France.

Cette abrogation a soulevé des interrogations en doctrine et chez certains hauts magistrats, tant le droit positif français s'est trouvé du jour au lendemain sans aucune base légale pour fonder la formalité de la légalisation (746).

Cette abrogation s'est opérée au moyen de l'ordonnance du 21 avril 2006, ratifiée par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 (747), dont aucune des dispositions n'a repris le principe légal de l'existence de la légalisation dans notre système juridique interne.

Dans son rapport annuel de 2009, la Cour de cassation précise qu'« un bon ordonnancement juridique gagnerait à voir réaffirmé, en droit positif, le principe de l'obligation de légalisation des actes de l'état civil étranger » (748).

Face à cette situation, le gouvernement, dans une réponse écrite, précise d'ailleurs qu'il « expertise la nécessité d'une évolution législative sur la question plus large de la légalisation des actes publics » (749).

2324 Le décret du 10 août 2007 (750), qui se limite à préciser les différents types de légalisations, ne rétablit pas le fondement légal de la légalisation : la voie réglementaire ne peut rétablir, au regard de la hiérarchie des normes, un principe législatif.

Malgré l'absence de base légale fondant cette formalité, la Cour de cassation estime pourtant que l'obligation de légalisation doit aujourd'hui perdurer. C'est pour cette raison qu'elle considère que la légalisation résulte désormais de l'effet de la coutume internationale.

§ III Le transfert normatif vers la coutume internationale

2325 Constante depuis 2006, la jurisprudence de la Cour de cassation se fonde désormais sur la coutume internationale pour exiger la légalisation (751) des actes étrangers devant produire effet en France.

La doctrine s'est interrogée sur le bien-fondé de cette analyse, les éléments constitutifs pour constater une coutume à l'ordre international semblant manquer, comme par exemple la preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit par plusieurs sujets de l'ordre international (752).

Si les actes authentiques établis en France font pleine foi de leur origine sur leur seule apparence, « cette présomption d'authenticité ne saurait bénéficier aux actes étran-

(746) En doctrine : P. Deumier : *RTD civ.* 2009, p. 490 ; parmi les hauts magistrats : rapport de M^me^ B. Vassalo, conseiller référendaire, avis n° 01100005P, 4 avr. 2011 (en ligne : www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/avis_15, consulté le 21 oct. 2018).

(747) L. n° 2009-526, 12 mai 2009, de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.

(748) Rapp. C. cass. 2009, p. 20 (en ligne : www.courdecassation.fr/IMG/pdf/rapport_CC_2009.pdf).

(749) QE n° 83928 (*JOAN* Q 13 juill. 2010, Rép. min. publiée au *JOAN* Q 21 sept. 2010, p. 11401), mise en ligne : questions.assemblee-nationale.fr, consulté le 21 oct. 2018.

(750) D. n° 2007-1205, 10 août 2007, relatif aux attributions du ministre des Affaires étrangères, des ambassadeurs et des chefs de poste consulaire en matière de légalisation d'actes.

(751) Cass. 1re civ., 14 nov. 2007 : *Dr. famille* 2008, comm. 50, obs. E. Fongaro ; *Rev. crit. DIP* 2008, p. 298, note Revillard. V. deux autres arrêts : Cass. 1re civ., 4 juin 2009. – E. Fongaro, *La légalisation : coutume internationale ou pratique internationale ? : JCP* N 11 sept. 2009, n° 37, 1260. – P. Callé, *La légalisation des actes d'état civil et des actes notariés demeure obligatoire : Defrénois* 2009, 1717.

(752) E. Fongaro, *op. cit.* ; P. Deumier, *op. cit.*

gers » (753). En effet, « si dans une législation donnée, l'acte authentique fait foi de son origine, c'est parce qu'il se présente avec un appareil de formalités extérieures qui sont connues et aisément contrôlables. Mais les signes extérieurs d'authenticité d'un acte étranger peuvent évidemment être ignorés du tribunal [ou du notaire] saisi. Ils ne suffisent donc pas à convaincre de la régularité de l'acte le juge [ou le notaire] qui n'a jamais eu sous les yeux d'autres instruments similaires » (754).

Il résulte de ce qui précède que la formalité de légalisation, connue en France depuis au moins le XVIIe siècle (755) et qui relève depuis le 21 avril 2006 de la coutume internationale, du fait de sa suppression par mégarde (756), demeure le principe directeur en matière de véracité des actes établis à l'étranger devant produire leurs effets en France.

L'évolution de la norme de cette formalité en France évoquée, ses définitions, tant en droit interne qu'en droit international, peuvent maintenant être abordées.

Section II Ses définitions

Préalablement aux définitions de cette formalité que donnent les ordres juridiques, il apparaît utile de faire les précisions suivantes : **2326**

Ce que n'est pas la légalisation

En premier lieu, la légalisation n'est pas une certification de signature. La certification de signature est une simple vérification matérielle d'une signature (757).
En deuxième lieu, une procuration sous seing privé dont la signature matérielle est certifiée par un notaire est assimilée à un acte public par les instruments internationaux (758).
Par conséquent, afin de produire ses effets à l'étranger, une procuration sous seing privé avec certification de signature par un notaire français doit être légalisée sur le principe.
De même, afin de produire ses effets en France, une procuration sous seing privé établie à l'étranger et dont la signature matérielle a été certifiée par une autorité locale étrangère, doit être légalisée.
Enfin, en vertu de l'article 7 du décret du 10 août 2007, pour être légalisés, les actes publics doivent être rédigés en français, ou à défaut, être accompagnés d'une traduction en français effectuée par un traducteur habilité à intervenir auprès des autorités judiciaires ou administratives (V. *supra*, n° 2117).

(753) E. Fongaro, *op. cit.*
(754) A. Huet, *Les conflits de lois en matière de preuve : D.* 1965, p. 283.
(755) G.-A.-L. Droz, dans son cours sur l'activité notariale internationale à l'Académie de droit international de La Haye, laisse en effet entendre que cette formalité pourrait même être antérieure à l'ordonnance royale de la marine.
(756) P. Deumier, *op. cit.*
(757) M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 9e éd. 2018, p. 715, n° 1235.
(758) Exemples non exhaustifs : Conv. internationale de La Haye n° 12, 5 oct. 1961, art. 1, d) ; Conv. Bruxelles 25 mai 1987, art. 1-2, d) ; D. n° 2007-1205, 10 août 2007, art. 3-I, relatif aux attributions du ministre des Affaires étrangères, des ambassadeurs et des chefs de poste consulaire en matière de légalisation d'actes ; Règl. (UE) n° 2016/1191, 6 juill. 2016, art. 3-1, d).

Sous-section I En droit interne

§ I Selon le droit positif français

2327 Selon le droit positif français, la légalisation dite « diplomatique et consulaire » est « la formalité par laquelle est attestée la véracité de la signature, la qualité en laquelle la signature de l'acte a agi, et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu. Elle donne lieu à l'apposition d'un cachet dont les caractéristiques sont définies par arrêté du ministre des Affaires étrangères » (759).

Il s'agit de la forme la plus ancienne et la plus lourde puisque, d'une part, le ministère des Affaires étrangères du pays source (ou pays d'origine) légalise, et d'autre part, la représentation diplomatique et consulaire du pays de destination dans le pays d'origine « surlégalise ».

Cette « surlégalisation » ne porte pas sur le contenu de l'acte, mais seulement sur la véracité certifiée par une ambassade ou un poste consulaire que l'agent du ministère des Affaires étrangères du pays source avait bien qualité pour légaliser le document. Elle permet aussi de s'assurer que le document présenté dans le pays de destination n'est pas contraire à l'ordre public du pays source, ce qui implique pour l'agent diplomatique, par la même occasion, un examen du contenu du document.

§ II Selon la doctrine administrative

2328 L'instruction générale relative à l'état civil définit la légalisation comme étant « une mesure administrative qui consiste à authentifier une signature et la qualité du signataire par l'apposition d'un contreseing officiel. Elle ne doit être donnée qu'aux pièces demandées par une autorité publique qui se fonde elle-même sur une règle de droit interne ou une convention internationale. La légalisation facilite donc dans les relations internationales la preuve de l'authenticité d'un acte ou d'un document établi conformément aux règles de droit interne et favorise leur production et leur admission à l'étranger » (760).

§ III Selon le Conseil supérieur du notariat

2329 Chose assez peu courante pour être soulignée, le Conseil supérieur du notariat définit la légalisation comme « l'attestation écrite par un fonctionnaire compétent, de l'exactitude de la signature apposée sur un acte et s'il s'agit d'un acte public, de la qualité de ceux qui l'ont reçu ou expédié » (761). En outre, la circulaire n° 1012 du 28 mai 1974 indique aux notaires qu'ils sont autorisés par le garde des Sceaux, ministre de la Justice, à l'occasion de certifications de signatures, à apposer leur sceau sur des actes sous seing privé lorsque ces actes sont destinés à être produits à l'étranger et doivent être soumis au visa de conformité du ministère de l'Europe et des Affaires étrangères (V. *infra*, n° 2337) avant d'être légalisés en vue de produire leurs effets dans le pays de destination, « l'assimilation qui est faite, du strict point de vue de la légalisation, de l'acte certifié à l'acte notarié est conforme aux

(759) D. n° 2007-1205, 10 août 2007, relatif aux attributions du ministre des Affaires étrangères, des ambassadeurs et des chefs de poste consulaire en matière de légalisation d'acte, art. 2.

(760) IGREC, 11 mai 1999, § 587.

(761) Commission « Statut, règlement et éthique notariale », réunion du 8 avril 1998, doc. 98040008, Banque de données Base de déontologie notariale, portail Réal, V° *Légalisation* (en ligne : deontologie.notaires.fr/Resultat.aspx, consulté le 21 oct. 2018).

dispositions du droit international en la matière et notamment aux dispositions ratifiées par la France de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur la légalisation des actes publics étrangers de nature à faciliter la circulation des actes ».

Telles sont les définitions de l'ordre interne, de la formalité pluricentenaire et par principe obligatoire. **2330**

Cette formalité connaissant une dimension internationale, plusieurs instruments apportent aussi leur contribution à la définition de cette formalité administrative.

Sous-section II En droit international

§ I Selon le droit de l'Union européenne

En droit de l'Union, depuis le 16 février 2019, la légalisation est définie comme étant « la formalité permettant d'attester l'authenticité de la signature du titulaire d'une charge publique, la qualité en laquelle le signataire du document a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont ce document est revêtu » (762). **2331**

Sans entrer dans le détail, qui fera l'objet des développements qui suivent (V. *infra*, n° 2357), il convient toutefois de préciser que cette définition de la légalisation constitue la base à partir de laquelle le règlement « Documents publics » énonce que tous les actes publics qui en relevaient sont désormais dispensés depuis le 16 février 2019 au sein de l'Union européenne de toute forme de légalisation et de formalité similaire (763).

§ II Selon le droit conventionnel

A/ La Convention internationale de La Haye

La Convention de La Haye « Apostille » définit la légalisation qu'elle dispense comme étant « la formalité par laquelle les agents diplomatiques ou consulaires du pays sur le territoire duquel l'acte doit être produit attestent 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 » (764). **2332**

B/ La convention multilatérale de la Commission internationale de l'état civil

Dernier instrument pour illustrer la pluralité de définitions de la légalisation, l'une des conventions multilatérales de la Commission internationale de l'état civil définit la formalité de la légalisation comme étant « la formalité destinée à attester la véracité de la signature apposée sur un acte ou document, la qualité en laquelle le signataire de l'acte ou du document a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte ou document est revêtu » (765). **2333**

(762) Règl. (UE) n° 2016/1191, 6 juill. 2016, art. 3-3 visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne, et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012.
(763) Règl. (UE) n° 2016/1191, 6 juill. 2016, art. 4.
(764) Conv. internationale de La Haye n° 12, 5 oct. 1961, art. 2.
(765) Commission internationale de l'état civil, Conv. n° 17, portant dispense de légalisation pour certains actes et documents signée à Athènes le 15 septembre 1977, art. 1.

2334 À titre conclusif, force est de constater que cette formalité demeure obligatoire toutes les fois qu'aucune convention internationale ou traité ou règlement européen ne la dispense ou la supprime.

Elle demeure à ce point impérative que la Cour régulatrice puise dans la coutume internationale pour la conserver dans notre système juridique.

Reste maintenant à en étudier les modalités pratiques de délivrance.

CHAPITRE II Modalités de délivrance de la légalisation

2335 La procédure de légalisation a connu avec le temps plusieurs mesures de simplification.

Originairement, la légalisation était obligatoire pour la présentation de documents dans l'ordre interne.

L'article 28 de la loi 25 ventôse an XI imposait la légalisation des actes notariés par les présidents des tribunaux de première instance de la résidence du notaire, ou du lieu où était délivré l'acte ou l'expédition. Cette légalisation était obligatoire lorsque les actes notariés étaient utilisés hors du ressort du tribunal d'appel pour les notaires qui y avaient leur résidence, ou hors du département du lieu de résidence des autres notaires.

La légalisation des actes et documents présentés à l'administration française est supprimée dans l'ordre interne depuis 1953 (766).

L'obligation de légaliser les brevets ou expéditions des actes notariés présentés hors du ressort du tribunal d'appel (depuis devenu cour d'appel) de la résidence du notaire instrumentaire est supprimée depuis 1971 (767).

À retenir

Actuellement en France, seule est obligatoire :
- la légalisation des actes établis en France et devant produire des effets à l'étranger ;
- la légalisation des actes établis à l'étranger et devant produire des effets en France ;

le tout sauf dispense expresse suivant conventions ou traités internationaux conclus par la France (768).

La procédure de délivrance est différente selon :
- que l'acte est établi en France et doit produire effet à l'étranger ;
- que l'acte établi à l'étranger doit produire effet en France ;
- ou que les actes sont établis ou légalisés par des consuls étrangers.

Même si les consuls étrangers accrédités en France sont habilités à légaliser sur le territoire français les actes établis dans leur pays, sans autre obligation de « surlégalisation »ainsi qu'il a pu être dit ci-dessus (V. *supra*, n° 2322), cette formalité demeure une compétence réservée par principe aux autorités françaises.

(766) D. n° 53-914, 26 sept.1953, art. 8, portant simplification des formalités administratives.
(767) D. n° 71-941, 26 nov. 1971, relatif aux actes établis par les notaires, art. 1.
(768) Cette dispense peut résulter soit de l'adhésion à la Convention « Apostille » entre la France et l'État concerné, soit de la ratification de conventions internationales supprimant toute formalité de légalisation ou d'apostille entre la France et l'État concerné, soit du règlement européen n° 2016/1191 du 6 juillet 2016, en application depuis le 16 février 2019.

Section I Actes établis par les autorités françaises compétentes. Mentions consacrées

Les autorités françaises compétentes en matière de légalisation sont de deux ordres, selon que l'acte doit être légalisé par l'administration française en France ou le consul de France à l'étranger. **2336**

Sous-section I Les autorités compétentes délivrant la légalisation

§ I Le service administratif compétent en France

En France, la formalité est sollicitée auprès du ministère de l'Europe et des Affaires étrangères, plus précisément auprès du Bureau des légalisations qui fait partie de la sous-direction de l'administration des Français – Direction des « Français à l'étranger » et de l'administration consulaire. **2337**

Le Bureau des légalisations demeure le seul service du ministère de l'Europe et des Affaires étrangères à recevoir physiquement du public en France métropolitaine.

Focus sur le BL/FAE/SFE/ADF

Les coordonnées du Bureau des légalisations sont les suivantes :

Bureau des légalisations, sous-direction de l'administration des Français – FAE/SFE/ADF/LEG – 57 Boulevard des Invalides, 75700 Paris 07 SP.

Métro : Duroc, ouverture de 14 heures à 16 heures.

Tél. : 01.53.69.38.28 / 01.53.69.38.29. – Fax : 01.53.69.38.31.

E-mail : bureau.legalisation@diplomatie.gouv.fr

Ce bureau est entièrement chargé, depuis le 25 septembre 2017, de délivrer les expéditions et copies d'actes notariés déposés auprès des postes diplomatiques et consulaires lorsque le requérant a changé de résidence.

Il conserve également toutes les archives notariales de tous les postes diplomatiques français, qui ont vu leurs attributions notariales supprimées de leurs activités consulaires depuis le 1er janvier 2019 (769).

Selon un rapport récent de l'Inspection générale de la justice, cette petite structure, composée de cinq agents habilités à délivrer les légalisations et un régisseur, a délivré 115 000 actes publics français en 2017.

En moyenne le service reçoit cent onze visiteurs par jour, répond à de nombreux courriers et courriels, mais aucune étape dans la procédure de délivrance n'est dématérialisée.

(769) Pour le requérant ayant changé de résidence : Direction des Français à l'étranger et de l'administration consulaire, Service des Français à l'Étranger, sous-direction de l'administration des Français, Note officielle du 10 octobre 2017 adressée au Conseil supérieur du notariat. Dans cette même note, il est indiqué que l'archivage des minutes et expéditions des actes notariés est centralisé dans ce service pour les postes consulaires ne disposant plus de la compétence notariale, suppression généralisée depuis le 1er janvier 2019 (V. *supra*, nº 2084).

2338 L'activité du Bureau des légalisations est étroitement liée à deux facteurs :
- le premier concerne le nombre de personnes ayant besoin de faire produire des documents publics dans des États non adhérents à la Convention « Apostille » ;
- le second concerne corrélativement le nombre d'États adhérents à la Convention « Apostille ».

Le nombre d'États adhérant à la Convention « Apostille » ne cesse de croître (cent dix-sept États sont répertoriés sur le site de la Conférence internationale de La Haye comme ayant signé et ratifié la convention) (770), et l'adhésion à venir à ladite convention d'États comme la Chine, le Canada ou l'Arabie saoudite devrait encore faire diminuer le volume des demandes de légalisation.

§ II L'autorité française compétente à l'étranger

2339 Ainsi qu'il a été indiqué *supra,* n° 2321, l'autorité compétente pour légaliser un document est en principe le consul de France de la circonscription dans laquelle le document a été établi par l'autorité locale étrangère, dans le respect des formalités visées ci-dessus (V. *supra,* n° 2322).

Cette procédure peut créer des situations délicates, comme celles que d'aucuns ont qualifiées de kafkaïennes (V. *infra,* n° 2349).

2340 Afin d'éviter les excès, et sous réserve que l'État d'accueil l'accepte, la légalisation peut revêtir une forme simplifiée consistant :
- soit en l'apposition d'un avis de conformité par un agent du bureau des légalisations (V. *supra,* n° 2337), dont la signature sera ensuite surlégalisée par le consul de France ;
- soit faire directement apposer le visa de conformité par l'agent consulaire français dans le pays où l'acte doit être produit. Cette dernière hypothèse est envisageable si la convention consulaire conclue entre la France et le pays d'accueil prévoit expressément que les agents consulaires sont également habilités à effectuer la légalisation. Dans ce dernier cas, le document à légaliser est directement adressé à l'agent consulaire français.

Avec le temps, la procédure a fait l'objet d'évolutions visant à la simplifier, avec notamment l'instauration de mentions consacrées.

Sous-section II Les mentions de légalisation consacrées en France

2341 Une circulaire relative à la procédure simplifiée de légalisation des actes et documents administratifs destinés à être produits à l'étranger prévoit les formules de visa selon que les documents concernent des actes publics ou des attestations officielles figurant sur des actes sous seing privé (771).

§ I Pour les actes publics

2342 La formule du visa de conformité devant être apposée pour les actes publics est la suivante : le ministère des Affaires étrangères constate « que le présent acte public a été établi dans les formes prévues par la loi française ».

(770) Selon le site de la Conférence de La Haye, mis à jour au 28 sept. 2018 : www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=41, consulté le 1er nov. 2018.
(771) Circ. min. Affaires étrangères, 4 mai 1981 : *JO* 16 mai 1981, p. 54642.

§ II Pour les attestations officielles figurant sur des actes sous seing privé

Pour les attestations officielles, comme par exemple une certification de signature par un notaire sur une procuration sous seing privé, la formule du visa est la suivante : « que la présente attestation a été effectuée conformément à la loi française ». **2343**

Précision étant ici faite qu'un acte sous seing privé ne peut être revêtu de l'attestation officielle qu'autant que le signataire de l'acte « justifie de son identité et de sa signature au moyen d'une pièce délivrée par une administration publique comportant son nom, son prénom, sa date et son lieu de naissance, sa photographie et sa signature ainsi que l'identité de l'autorité qui a délivré le document, la date et le lieu de délivrance » (772).

Légalisation : à retenir **2344**

Pour être admis au visa du ministère de l'Europe et des Affaires étrangères, les actes et documents doivent remplir certaines conditions et porter certaines mentions, savoir :
- être signés, au moyen d'une signature manuscrite de l'autorité administrative signataire, à l'exclusion de sa griffe ;
- porter la mention du nom et de la qualité de l'autorité signataire ;
- être revêtus du sceau, du cachet, ou du timbre du service dont relève l'autorité signataire (773).

Les principes de la légalisation et ses modalités de délivrance étant posés, il convient d'envisager les conséquences résultant de l'absence d'accomplissement de cette formalité qui demeure obligatoire lorsqu'elle n'est ni dispensée, ni remplacée par l'apostille (V. *infra*, n° 2351), ni supprimée par les instruments européens (V. *infra*, n° 2356).

Section II Sanctions pour défaut de légalisation

Dans un premier temps, les conséquences résultant de l'absence ou de l'irrégularité de la procédure sont abordées, avant de souligner, dans un second temps, les défauts inhérents à ce système instauré en France. **2345**

§ I L'absence ou l'irrégularité de la légalisation

A/ Les conséquences en cas d'absence de légalisation

Si le caractère impératif de la légalisation a été solennellement rappelé par la Cour de cassation (774), il convient de préciser que cette formalité ne porte pas sur le contenu de l'acte, mais seulement sur la sincérité de son origine. **2346**

En conséquence, l'absence de légalisation alors pourtant obligatoire ne nuit ni à la validité ni à l'authenticité de l'acte (775).

(772) A. 3 sept. 2007, art. 2.
(773) M. Revillard,*Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 9e éd. 2018, p. 719, n° 1240.
(774) Cass. 1re civ., 14 nov. 2007 : *Rev. crit. DIP* 2008, p. 298, note M. Revillard. – Cass. 1re civ., 4 juin 2009, n° 08-10.962 : *JurisData* n° 2009-048461 ; *Defrénois* 30 sept. 2009, n° 16, p. 1717, note P. Callé. – Cass. 1re civ., 4 juin 2009, n° 08-13.541 : *JurisData* n° 2009-048460 ; *JCP* N 11 sept. 2009, n° 37, 1260, comm. E. Fongaro.
(775) M. Revillard, *La légalisation des actes : Rev. crit. DIP* juill.-sept. 1992, n° 3, p. 552.

Son absence permet à la partie contre laquelle l'exécution est poursuivie de faire suspendre l'exécution de l'acte non légalisé (776). Le juge sursoit à statuer et accorde un délai pour permettre aux parties d'obtenir la légalisation. Il sursoit également sur l'*exequatur* d'un jugement jusqu'à la production du document revêtu de la formalité (777).

L'absence de légalisation soumise à l'examen des juges ne semble concerner principalement que des actes d'état civil (778) ou des procédures d'adoption internationale (779). Aucune espèce ne semble avoir été concernée par l'absence de légalisation sur une procuration sous seing privé, par exemple.

Dans la mesure où la légalisation n'est pas constitutive de l'authenticité de l'acte mais en est seulement la preuve, l'acte à défaut de légalisation n'est pas nul, mais simplement privé de tous ses effets devant être produits.

Dans ses conclusions rendues par l'avocat général M^me^ Odile Falletti (780) à l'occasion d'un avis sur demande du tribunal de grande instance de Lille (dans le cadre d'une nouvelle adoption internationale franco-haïtienne) (781) quant aux « effets et la valeur probante devant les juridictions françaises d'un consentement par acte authentique non légalisé, donné à Haïti par des parents biologiques haïtiens », il est indiqué que faute « de légalisation, la preuve de l'authenticité de l'acte établi par le notaire haïtien n'est pas rapportée et cet acte ne peut recevoir d'effet en France ».

L'avis précise, de plus, que bien que l'acte constatant le consentement a été établi dans les formes requises par la loi du pays d'origine et qu'il est corroboré par d'autres pièces, il ne peut être passé outre l'absence de légalisation. « Ce qui est en cause, ce n'est pas la preuve du recueillement du consentement éclairé constaté dans l'acte, mais l'authenticité de l'acte qui l'a recueilli », et rien ne peut suppléer l'absence de légalisation qui reste la seule formalité attestant de l'authenticité de l'origine de l'acte notarié.

Quelles seraient alors les conséquences pour une procuration sous seing privé signée à l'étranger, en vue d'acquérir par exemple un immeuble en France, non légalisée ? L'acte de vente peut-il être régularisé malgré le défaut de légalisation de la procuration ? Quel risque est encouru pour le vendeur si l'acquéreur ou son mandataire relevait cette absence postérieurement à la signature ?

Le principe est clair : si la légalisation n'a pas été dispensée ou remplacée par l'apostille, elle demeure obligatoire pour tout acte officiel (acte public ou sous seing privé revêtu d'attestation officielle, V. *supra*, n° 2343) établi à l'étranger. À défaut, l'acte ne produit aucun effet en France.

Il convient toutefois de nuancer le propos : l'acte qui est nul en France, à défaut de légalisation ou d'apostille, n'est pas l'acte certifié mais l'acte de certification, objet de la légalisation ou de l'apostille. Autrement dit, la procuration sous seing privé dont la signature est certifiée par une autorité étrangère sans que les formalités de légalisation soient effectuées demeure une procuration sous seing privé, valable en tant que telle. Il appartient au notaire qui utilisera le document d'apprécier en connaissance de cause et en fonction des circonstances la portée du non-respect de la formalité : la procuration, dans l'exemple retenu ici, peut encore être utilisée. Peut-être même le notaire peut-il estimer la certification

(776) Cass. req., 8 nov. 1953 : *DP* 1854, 1, 420. – CA Nancy, 16 nov. 1907 : *Journ. not.* 1908, 365.
(777) CA Paris, 29 juin 1956 : *Rev. crit. DIP* 1956, 548, note Francescakis.
(778) Cass. 1re civ., 14 nov. 2007, préc.
(779) Cass. 1re civ., 4 juin 2009, nos 08-10.962 et 08-13.541, préc.
(780) Concl. av. gén. O. Falletti (en ligne : www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/avis_15/avis_classes_date_239/2011_3825/4_avril_2011_1100001_3922/avocat_general_ 19614).
(781) Avis no 011 00005P, 4 avr. 2011 suite au rapport de M^me^ B. Vassalo, conseiller référendaire (en ligne : www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/avis_15).

apposée par l'autorité étrangère comme un élément de nature à le conforter dans l'idée que la personne censée avoir signé est bien la bonne, et s'en satisfaire. C'est en pratique souvent le cas. Pour autant, le notaire qui prend la précaution de solliciter de ses clients une certification, sans pousser la logique jusqu'à requérir la légalisation ou l'apostille, doit avoir conscience du moindre degré de garantie que cette décision lui procure.

B/ Les conséquences en cas d'irrégularité dans la légalisation

2347 L'irrégularité de la légalisation entraîne les mêmes effets que l'absence de légalisation.

Lorsque l'irrégularité est d'origine française (elle est par exemple commise par une autorité française non habilitée), elle échappe au contrôle de l'autorité judiciaire (782) et n'engage pas la responsabilité de l'État en cas d'irrégularité (783).

Lorsque l'irrégularité est d'origine étrangère (la légalisation a été effectuée par une autorité non habilitée à l'accomplir), l'irrégularité équivaut à l'absence de légalisation.

Cette règle est d'application stricte, comme en témoigne un arrêt rendu le 13 avril 2016 par la Haute Cour (784). Dans cette affaire, un jugement supplétif d'un acte de naissance prononcé par un tribunal des Comores avait été légalisé par le ministère des Affaires étrangères de l'Union des Comores, alors qu'il aurait dû l'être soit par le consul de France aux Comores, soit par le consul des Comores en France.

Dans ces conditions, la Cour de cassation a considéré que l'acte ne pouvait être assimilé à un acte légalisé, il ne devait produire aucun effet en France.

L'obligation de la légalisation

La légalisation régulière continue à être exigée non seulement par les autorités judiciaires ayant à connaître une procédure avec un acte public établi à l'étranger, mais également par les autorités administratives comme les services des impôts (785), les services de l'état civil (786) ou le service de la publicité foncière qui rejette un acte déposé non légalisé (787).

2348 Bien que cette formalité ait connu une évolution importante tendant à en faciliter son accomplissement, elle fait pourtant l'objet de certaines critiques importantes.

§ II Les défauts du système instauré

2349 Dans le rapport ci-dessus évoqué (V. *supra*, n° 2337), l'Inspection générale de la justice et l'Inspection générale des affaires étrangères considèrent la procédure particulièrement centralisée et lourde.

Ces caractéristiques ont déjà été décriées en doctrine. L'exemple suivant, illustrant parfaitement la lourdeur de cette procédure, est intégralement tiré du cours de G.-A.-L. Droz (788) : un notaire établit un acte à destination de l'étranger dans une province éloignée de la

(782) T. civ. Lyon, 21 nov. 1902 : *S.* 1903, 2, 84.
(783) TA Paris, 8 janv. 1959 : *D.* 1959, 358, note Silvera.
(784) Cass. 1re civ., 13 avr. 2016, n° 15-50.018 : *D.* 2016, p. 896. – P. Callé, *Chronique de droit international privé : Defrénois* 15 févr. 2017, p. 188.
(785) CGI, art. 655 ; V. *infra*, les travaux de la commission 3, n° 3433.
(786) V. *supra*, n° 2117.
(787) *Bull. assoc. mut. conservateurs* 1966, art. 645.
(788) M. G.-A.-L. Droz, *L'activité notariale internationale : RCADI* 1999, t. 280, p. 104, n° 104.

capitale. Sa signature n'est pas connue du consul étranger résidant dans cette capitale. Ce consul ne connaît et ne veut connaître que les signatures émanant du ministère des Affaires étrangères auprès duquel il est accrédité. Mais ce ministère ne connaît pas non plus la signature du notaire, il connaît et ne veut connaître que les signatures de ses collègues du ministère de la Justice, mais ceux-ci ne tiennent pas les registres de signatures de tous les notaires nationaux, c'est le rôle des chambres de notaires ou de l'autorité de tutelle locale, du tribunal ou de la cour d'appel. Finalement, la signature du notaire sera légalisée par une autorité locale. Ensuite la signature de cette autorité locale sera légalisée au ministère de la Justice, la signature du ministère de la Justice sera légalisée au ministère des Affaires étrangères, et le consul étranger pourra enfin agir ! Ayant récupéré l'acte notarié au bout de quelques semaines, le porteur devra le produire dans le pays du consul devant un notaire de province afin de participer à une succession. Mais le notaire de province ne connaît pas la signature de son propre consul, ni d'ailleurs le ministère de la Justice. Bref, l'acte du consul est alors légalisé au ministère des Affaires étrangères qui le nomme puis interviendra le ministère de la Justice, etc., et la chaîne continuera.

Même si la « surlégalisation » a été en partie supprimée (V. *supra*, n° 2322), la légalisation demeure une formalité centralisée, sans aucune dématérialisation. Elle est en passe de devenir rapidement un contre-exemple dans une République numérique (V. *supra*, n° 2079) dont une des principales priorités est de préparer et d'accélérer la transition numérique dans toutes les administrations.

2350 Le temps et le développement des relations internationales aidant, la procédure de légalisation se trouve progressivement limitée.

En effet, de nombreux États ont entendu éviter ces lourdeurs décriées et bien réelles, par la signature de nombreuses conventions et traités internationaux prévoyant expressément une simplification, lorsque ce n'est pas une suppression de cette formalité.

La France a ratifié et signé de nombreuses conventions internationales, qu'elles soient bilatérales ou multilatérales, qu'il convient d'appréhender, le principe de légalisation connaissant plusieurs exceptions, à commencer par celle de l'apostille.

SOUS-TITRE II

Les exceptions à la légalisation

CHAPITRE I La légalisation simplifiée par la formalité de l'apostille

2351 En vue d'harmoniser une formalité simplifiée et reconnue au niveau international, cent dix-sept États ont adhéré à la convention n° 12 de la Convention internationale de La Haye supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers conclue le 5 octobre 1961, ce qui représente 61 % des États membres de l'Organisation des Nations unies (789).

Cette convention substitue à la légalisation une formalité simplifiée, formatée dans un standard accepté par tous les États contractants.

(789) Depuis 2011, cent quatre-vingt-douze États sont membres des Nations unies : www.un.org/fr/sections/member-states/growth-united-nations-membership-1945-present/index.html, consulté le 4 nov. 2018.

Alors que la légalisation ne connaît pour l'heure en France aucune étape de dématérialisation, depuis 2006 la formalité de l'apostille fait l'objet d'une procédure dématérialisée, programme dénommé « e-App », dans laquelle certains États se sont déjà lancés (790).

Ce programme de délivrance dématérialisée de l'apostille repose sur deux composantes : d'une part, l'accomplissement et la délivrance de l'apostille par voie dématérialisée et, d'autre part, l'accès à un registre numérique permettant à l'autorité du pays d'accueil de vérifier l'intégrité du fichier reçu en tous points conforme à son enregistrement effectué sur l'e-registre tenu dans l'État d'origine.

Dans le système « dynamique », le fichier électronique contenant l'e-apostille et l'acte public électronique est transmis électroniquement de l'« État d'origine » à l'« État de destination ». L'e-apostille peut par la suite être vérifiée dans l'e-registre de l'Autorité compétente (791).

Dans le système « statique », le fichier électronique contenant l'e-apostille et l'acte public électronique est conservé dans un registre appartenant à l'autorité compétente (en général, son e-registre) et n'est pas transmis. Le demandeur ou le destinataire peut visualiser le fichier en consultant le registre de l'autorité compétente, parfois dans un délai imparti (792).

Quelle est la définition de cette formalité, et qui la délivre ?

Section I Définition et autorité de délivrance de l'apostille

§ 1 Définition et étymologie

A/ Définition de la convention

L'apostille est une formalité qui atteste 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 (793) aux lieu et place de la légalisation. **2352**

L'apostille consiste en l'apposition sur l'acte lui-même ou sur une allonge d'un modèle conforme et annexé à la convention. Elle peut être rédigée dans la langue officielle de l'État qui la délivre, mais doit comporter le titre « Apostille (Convention de La Haye du 5 octobre 1961) » mentionné en langue française (794).

(790) Pour la liste de tous les États ayant déjà rendu opérationnel leur registre électronique : www.hcch.net/fr/instruments/specialised-sections/apostille, consulté le 3 nov. 2018. Pour des informations complémentaires et précises tant sur l'espace « Apostille » de la Conférence internationale de La Haye que sur les logiciels développés, V. M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale,* Defrénois, 9e éd. 2018, p. 726, no 1248.

(791) C'est le cas de la Belgique qui, depuis le 1er mai 2018, a mis en œuvre la procédure entièrement dématérialisée de l'e-apostille. Elle ne délivre plus d'apostille sur support papier.
Le site est accessible aux seules autorités (dont les communes et les notaires belges) qui envoient les documents à apostiller au ministère des Affaires étrangères. Ce dernier met ensuite le document apostillé à la disposition de l'autorité l'ayant sollicité, par l'envoi d'un lien renvoyant vers le registre électronique. L'autorité peut ainsi télécharger le document apostillé.

(792) C'est le cas de l'Espagne qui a développé la e-apostille, ainsi que la consultation du e-registre permettant le contrôle de l'intégrité du fichier communiqué à l'autorité de l'État de destination.
L'usager peut consulter le document apostillé et le télécharger dans les trente jours qui suivent son émission. L'accès au e-registre par l'usager lui permet en outre de contrôler directement l'intégrité du document apostillé avec la signature électronique de l'autorité émettrice figurant au e-registre : en visualisant sous format « pdf » la signature ainsi enregistrée, il peut la comparer avec celle apposée sur l'apostille.

(793) Conv. « Apostille » 5 oct. 1961, supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers, art. 3.

(794) Conv. « Apostille », art. 4.

B/ Étymologie du terme

2353 Ce terme, d'origine française, provient du verbe apostiller. Le verbe apostiller provient lui-même de l'ancien français « postille » qui signifiait annotation. Cette « postille » de l'ancien français puise son origine dans le terme latin *postilla* ou *postea* qui signifie « ensuite, après, suivant » (795).

Dans le dictionnaire de l'Académie française de 1694, les définitions du mot apostille et du verbe apostiller étaient les suivantes :
- Apostille : s.f. Addition faite à la marge d'un escrit, ou au bas d'une lettre : « Il y avoit deux lignes en apostille ».
- Apostiller : v. act. Mettre des remarques à costé d'un escrit : « Les despeches d'un ambassadeur apostillées de la main d'un Ministre » (796).

Dans le dictionnaire Larousse de 2018, les définitions de l'apostille et du verbe apostiller sont les suivantes :
- Apostille : addition ou modification portée en marge ou au bas d'un acte.
- Apostiller : mettre une apostille en marge ou au bas d'un acte (797).

Force est de constater que la définition est restée la même entre la première édition du dictionnaire de l'Académie française de 1694 et le dictionnaire français Larousse dans sa version numérique de 2018.

§ II Autorité de délivrance

2354 Chaque État contractant désigne les autorités prises ès qualités, auxquelles est attribuée compétence pour délivrer l'apostille (798).

À la différence de la procédure de légalisation, les autorités compétentes ne sont plus nécessairement des autorités centrales.

Par exemple, pour ce qui concerne la France, l'autorité compétente pour la délivrance de l'apostille n'est plus le ministère de l'Europe et des Affaires étrangères (MEAE), mais le parquet général de chaque cour d'appel, avec quelques spécificités pour les départements et régions d'outre-mer, ainsi que les collectivités d'outre-mer (799).

Cette attribution des compétences fait l'objet d'une réflexion tendant à moderniser la procédure au regard de l'application du règlement européen « Documents publics » dont il a été parlé plus haut (V. *supra*, n° 2119).

(795) Selon le *Grand dictionnaire latin-français Ollivetti* : www.grand-dictionnaire-latin.com/dictionnaire-latin-francais.php?lemma=DEIN100, consulté le 3 nov. 2018.

(796) Site de l'Académie française, qui a numérisé la première édition de son dictionnaire paru en 1694 : portail.atilf.fr/cgi-bin/dico1look.pl?strippedhw=apostille&headword=&docyear=ALL&dicoid=ALL&articletype=1, consulté le 3 nov. 2018.

(797) www.larousse.fr/dictionnaires/francais/apostille/4599, consulté le 3 nov. 2018.

(798) Conv. « Apostille », art. 6.

(799) Selon la circulaire CIV 2005-19 D3/12-12-2005, NOR : JUSC0520960C, relative à l'application de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers : *BO Justice* n° 100. En Nouvelle-Calédonie : le procureur général près la Cour d'appel de Nouméa. Dans les îles Wallis-et-Futuna : le juge de la section du Tribunal de première instance de Nouméa, siégeant à Mata-Utu. En Polynésie française : le procureur de la République près le Tribunal supérieur d'appel de Papeete. À Saint-Pierre-et-Miquelon : le président du Tribunal supérieur d'appel de Saint-Pierre. À Mayotte, est en cours la désignation du procureur de la République près le Tribunal supérieur d'appel.

Le site de la Conférence internationale de La Haye (www.hcch.net/fr/home) indique toutes les coordonnées de toutes les autorités compétentes concernant tous les États contractants à la convention (nom, adresse, numéros de téléphone et fax, e-mail, nom de la personne en charge des délivrances dans le service, jusqu'aux numéros de métro et de bus parfois).

Mise en garde : visiter régulièrement le site de la Conférence

Lorsque le notaire est amené à communiquer les informations utiles à ses clients concernant l'autorité compétente délivrant l'apostille, il conviendra de vérifier systématiquement sur le site de la Conférence l'actualisation des coordonnées communiquées, ces informations pouvant changer et être mises à jour très fréquemment par les États adhérents.

Section II Portée de la Convention internationale de La Haye du 5 octobre 1961

2355 À la différence d'un certain nombre de conventions internationales de La Haye qui ont une visée universaliste, la Convention « Apostille » est applicable uniquement entre les États adhérents, dont la liste actualisée est consultable à tout moment sur le site : www.hcch.net/fr/home.

Autrement dit, pour les relations avec les États non contractants à la Convention « Apostille » (soit 39 % des États composant l'ONU, V. *supra*, n° 2351), la formalité de droit commun de légalisation continue à s'appliquer, à moins que des conventions internationales entre la France et ces États non contractants aient été conclues en vue de dispenser de toute formalité (légalisation et apostille) les actes publics dans l'un des États et devant circuler dans l'autre.

C'est précisément ce qu'il est proposé d'étudier dans les développements à venir.

CHAPITRE II Les dispenses ou suppressions de la légalisation ou de l'apostille

2356 Plusieurs conventions et instruments européens ont été ratifiés et adoptés en vue de faciliter la réception des actes publics à l'étranger.

Afin d'en donner un panorama actualisé, seront dans un premier temps analysés les conventions et règlements européens, puis les conventions et traités internationaux concernant les relations internationales en dehors de l'Union européenne.

Par ailleurs, il convient de préciser que les conventions peuvent différer quant à leur nature selon que les actes publics (terme générique) concernent plus précisément les actes d'état civil (800), les actes dressés par les agents diplomatiques (801), ou bien, comme on le

(800) C'est le cas par exemple des conventions multilatérales de la Commission internationale de l'état civil.
(801) Telle que la convention du 7 juin 1968 dont il sera parlé ci-après, au n° 2358.

verra, lorsqu'elles ont pour objet seulement la formalité simplifiée de l'apostille, ou sa suppression.

Section I Au sein de l'Union européenne

2357 Avant l'entrée en vigueur du traité de Tampere qui, par le pouvoir normatif reconnu au Parlement et au Conseil de l'Europe quant à l'établissement de règles de droit international privé et de droit matériel, permet l'adoption de règlements européens **(Sous-section II)** avec application immédiate dans les systèmes internes, deux conventions européennes ont pour objet la simplification de la circulation des actes publics **(Sous-section I)**.

Sous-section I Les conventions européennes

§ I La Convention de Londres du 7 juin 1968

2358 La convention du 7 juin 1968 signée à Londres est relative à la suppression de la légalisation des actes établis par les agents diplomatiques ou consulaires. Elle s'applique à tous les actes établis en leur qualité officielle par des agents diplomatiques ou consulaires d'un des États contractants, qui exercent leurs fonctions sur le territoire de tout État et qui doivent être produits sur le territoire d'un autre État contractant, ou devant des agents diplomatiques ou consulaires d'un autre État contractant exerçant leurs fonctions sur le territoire d'un État qui n'est pas partie à la convention (802).

Cette convention s'applique également aux déclarations officielles, telles que les mentions d'enregistrement, visas pour date certaine et certifications de signature apposés par les agents diplomatiques ou consulaires sur des actes autres que ceux visés ci-dessus (803).

§ II La Convention de Bruxelles du 25 mai 1987

2359 La convention faite à Bruxelles le 25 mai 1987 concerne la suppression de la légalisation d'actes publics dans les États membres des Communautés européennes.

Cette convention prévoit que tout État contractant dispense de toute forme de légalisation ou de toute autre formalité équivalente ou analogue les actes publics (804).

Elle a été signée par la France le 11 juillet 1990, et le décret portant publication de ladite convention a été signé le 1er avril 1992, et publié au *Journal officiel* le 8 avril 1992 (805).

(802) Conv. 7 juin 1968, art. 2-1.
(803) Conv. 7 juin 1968, art. 2-2.
(804) Selon l'article 1-2 de la convention, sont considérés comme actes publics : les documents émanant d'une autorité ou d'un fonctionnaire qui relève d'une juridiction de l'État, y compris ceux qui émanent d'un ministère public, d'un greffier, d'un huissier de justice, d'un notaire, mais également les déclarations officielles telles que mentions d'enregistrement, visas pour date certaine, apposés sur un acte sous seing privé. La convention s'applique également pour les actes établis par les agents diplomatiques et consulaires dans l'exercice de leurs fonctions.
(805) *JO* nº 0084, 8 avr. 1992, p. 5191.

Les États liés par cette convention sont (806) : l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, la France, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, et l'Irlande.

Elle est entrée en vigueur dans les États suivants :
- la Belgique depuis le 28 avril 1997 ;
- Chypre depuis le 29 avril 2005 ;
- le Danemark depuis le 12 mars 1992 ;
- l'Estonie depuis le 21 juin 2013;
- la France depuis le 12 mars 1992 ;
- l'Irlande depuis le 9 mars 1999 ;
- l'Italie depuis le 12 mars 1992 ;
- la Lettonie depuis le 21 juin 2004.

En vertu de l'article 10, cette convention remplace entre les États contractants les dispositions des autres traités, conventions ou accords relatifs à la simplification ou la suppression de la légalisation des actes (sauf exception telle que pour les actes non visés par la convention, ou les actes établis dans des États dans lesquels la convention de 1987 n'est pas applicable).

À retenir : relations entre la convention de Bruxelles et le règlement (UE) nº 2016/1191 du 6 juillet 2016 « Documents publics »

En vertu de l'article 19-2 du règlement « Documents publics » (V. *supra* , nº 2119), le règlement prévaut pour les questions auxquelles les États membres sont parties à la date d'adoption du présent règlement et qui portent sur des matières relevant de celui-ci.
Dit autrement, la convention de Bruxelles qui n'était en vigueur que dans huit États membres ne s'applique plus, au profit du règlement « Documents publics » dont les règles sont entrées en vigueur dans les vingt-sept États membres de l'Union (807).

Les conventions établies par le Conseil de l'Europe les 7 juin 1968 et 25 mai 1987 ont été complétées, remplacées, voire supprimées par de nouveaux instruments européens, dont le caractère normatif s'impose à l'ensemble des États membres depuis l'adoption du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Sous-section II Les règlements européens

Plusieurs règlements européens ayant pour objet des règles de droit international privé ont expressément prévu dans leurs dispositions la suppression pure et simple de la formalité de la légalisation ou de l'apostille. **2360**

(806) Selon la circulaire nº 1688 de la Direction des traités du service public fédéral des Affaires étrangères, Commerce extérieur et Coopération au développement (diplomatie.belgium.be/fr/traites/la_belgique_depositaire#8, mise à jour année 2016, consulté le 4 nov. 2018).

(807) Aucun État membre dans le cadre du règlement « Documents publics » ne s'est prévalu de la possibilité de ne pas participer à l'adoption de ce règlement, et par conséquent, de ne pas y être lié (à la différence par exemple du règlement « Successions » qui ne lie pas le Danemark, pour lequel cet État s'est prévalu des articles 1er et 2 du Protocole nº 22 annexé au Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et qui n'a pas participé à son adoption).

Dans l'ordre chronologique de leur adoption, et en fonction de la matière traitée, il est possible de citer :

§ I En matière de droit patrimonial de la famille

A/ Règlement « Bruxelles II *bis* »

2361 L'article 52 – intitulé « Légalisation ou formalité analogue » – du règlement (CE) nº 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) nº 1347/2000 (Règl. « Bruxelles II *bis* ») prévoit qu' « aucune légalisation ni formalité analogue n'est exigée en ce qui concerne les documents visés aux articles 37, 38 et 45, ou le cas échéant, la procuration *ad litem* ».

B/ Règlement « Aliments »

2362 L'article 65 – intitulé « Légalisation ou formalité analogue » – du règlement (CE) nº 4/2009 du 18 décembre 2008, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires (Règl. « Aliments ») prévoit qu' « aucune légalisation ni formalité analogue n'est exigée dans le contexte du présent règlement ».

C/ Règlement « Successions »

2363 L'article 74 – intitulé « Légalisation ou formalité analogue » – du règlement (UE) 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 (Règl. « Successions ») prévoit qu'« aucune légalisation ni autre formalité analogue n'est exigée pour les documents délivrés dans un État membre dans le contexte du présent règlement ».

D/ Règlement « Régimes matrimoniaux »

2364 L'article 61 – intitulé « Légalisation et formalités analogues » – du règlement (UE) nº 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 (Règl. « Régimes matrimoniaux ») prévoit qu'« aucune légalisation ni autre formalité analogue n'est exigée pour les documents délivrés dans un État membre dans le cadre du présent règlement ».

E/ Règlement « Partenariats enregistrés »

2365 L'article 61 – intitulé « Légalisation et formalités analogues » – du règlement (UE) nº 2016/1104 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 d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés (Règl. « Partenariats enregistrés ») prévoit qu' « aucune légalisation ni autre formalité analogue n'est exigée pour les documents délivrés dans un État membre dans le cadre du présent règlement ».

§ II En matière d'acte authentique exécutoire et en matière judiciaire

A/ En matière d'acte authentique exécutoire

2366 L'article 25 – intitulé « Actes authentiques » –, paragraphe 2 du règlement (CE) nº 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées (Règl. « Titre exécutoire européen ») prévoit : « Un acte authentique certifié en tant que titre exécutoire européen dans l'État membre d'origine est exécuté dans les autres États membres sans qu'une déclaration constatant la force exécutoire soit nécessaire et sans qu'il soit possible de s'opposer à son exécution ».

Le titre exécutoire européen (TEE) n'est donc pas soumis à légalisation ou à apostille.

B/ En matière judiciaire

I/ Règlement « Bruxelles I *bis* »

2367 L'article 36 – placé sous la section intitulée « Reconnaissance » – du règlement (UE) nº 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Règl. « Bruxelles I *bis* ») prévoit dans son paragraphe 1 : « Les décisions rendues dans un État membre sont reconnues dans les autres États membres sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure ».

II/ Règlement « Insolvabilité »

2368 L'article 20 – intitulé « Effets de la reconnaissance » – du règlement (UE) nº 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015, relatif aux procédures d'insolvabilité (Règl. « Insolvabilités ») prévoit dans son paragraphe 1 que : « La décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité visée à l'article 3 paragraphe 1, produit, sans aucune autre formalité, dans tout autre État membre les mêmes effets que ceux prévus par la loi de l'État d'ouverture, sauf disposition contraire du présent règlement et aussi longtemps qu'aucune procédure visée à l'article 3, paragraphe 2, n'est ouverte dans cet autre État membre ».

2369 Les seuls règlements européens relatifs au droit international privé qui ne contiennent dans leurs dispositions aucune dispense ou suppression de légalisation sont :
- le règlement (CE) nº 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Règl. « Rome I ») ;
- le règlement (CE) nº 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Règl. « Rome II ») (808) ;
- le règlement (UE) nº 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (Règl. « Rome III »).

En tout état de cause, ces manques constatés dans ces trois instruments sont très largement comblés par l'entrée en application depuis le 16 février 2019 du règlement « Documents publics ».

(808) Rome I et Rome II ont fait l'objet d'analyses dans le cadre de la représentation internationale (V. *supra*, nº 2195 et *infra*, commission 4, nº 4040).

§ III Règlement (UE) nº 2016/1191 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 (Règl. « Documents publics »)

2370 Le règlement (UE) nº 2016/1191 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne, et modifiant le règlement (UE) nº 1024/2012, autrement appelé règlement « Documents publics » est entré en application le 16 février 2019, ainsi qu'il a déjà été indiqué.

Sans revenir sur le détail de cet instrument qui a été analysé *supra*, nº 2119, il est seulement rappelé que son article 1er, paragraphe 1 prévoit, pour certains documents publics qui sont délivrés par les autorités d'un État membre et qui doivent être présentés aux autorités d'un autre État membre, un système de dispense de légalisation ou d'une formalité similaire, ainsi que la simplification d'autres formalités.

À retenir : suppression de toute légalisation et apostille au sein de l'Union européenne

Dit autrement, depuis le 16 février 2019, sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne, il n'existe plus aucune obligation de légaliser ou d'apostiller entre les États membres les actes publics parmi lesquels figurent les actes notariés, ainsi que les actes sous seing privé sur lesquels est apposée une attestation officielle (comme par exemple une certification de signature par un notaire).

Section II À l'international

Sous-section I Les conventions bilatérales entre États contractants

2371 La France a signé avec une trentaine de pays des conventions bilatérales en vue de supprimer dans les relations avec ces États contractants la légalisation des actes devant circuler entre la France et ces États.

La liste exhaustive recensant les trente et une conventions actuellement en vigueur et signées par la France, peut être consultée dans l'ouvrage de M. Revillard, dans lequel l'auteur reprend une à une lesdites conventions, en définissant leurs champs d'application matérielle respectifs (809), ainsi que dans celui de Pierre Meyer et Vincent Heuzé (810).

Par ailleurs, un tableau récapitulatif de l'état actuel du droit conventionnel en matière de légalisation est mis en ligne sur le site de France Diplomatie, avec une mise à jour régulière au fur et à mesure des adhésions par les États à la Convention « Apostille », d'une part, et des conventions bilatérales signées par la France, d'autre part (811).

(809) M. Revillard, *Droit international privé et européen : Pratique notariale*, Defrénois, 9e éd. 2018, p. 721, nº 1243, et spéc. note 22.

(810) P. Meyer et V. Heuzé, *Droit international privé*, LGDJ, coll. « Précis Domat », 11e éd. 2014, p. 332, nº 482.

(811) www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/tableau_recapitulatif_de_l_etat_actuel_du_droit_conventionnel_en_matiere_de_legalisation_d_actes_cle4639b1-2.pdf, mis à jour au 20 sept. 2018, consulté le 16 déc. 2018. Ce tableau récapitulatif est repris dans son intégralité dans l'ouvrage de M. Revillard, *op. cit.*, p. 730 à 735, nos 1256 et s.

Sous-section II Les conventions multilatérales de la Commission internationale de l'état civil (CIEC)

2372 La Commission internationale de l'état civil (CIEC) est une organisation intergouvernementale dont le but est de promouvoir la coopération internationale en matière d'état civil et d'améliorer le fonctionnement des services nationaux d'état civil (812).

À cette fin, elle fournit aux États membres (dont fait partie la France) des renseignements et expertises, effectue des études juridiques et techniques, édite des publications et élabore des conventions et recommandations.

Le 27 septembre 1956 a été signée par la France et tous les États membres de la CIEC une convention multilatérale visant à délivrer gratuitement des actes d'état civil, ainsi que la dispense de légalisation de ces actes pour leur circulation internationale.

Cette convention fut la première d'une série de trente-quatre conventions multilatérales à ce jour (la dernière signée le 14 mars 2014).

Parmi ces conventions, trois retiendront particulièrement l'attention : il s'agit de la Convention de Vienne n° 16 du 8 septembre 1976 **(§ I)**, de la Convention d'Athènes n° 17 du 15 septembre 1977 **(§ II)** et de la Convention de Strasbourg n° 34 du 14 mars 2014 **(§ III)**.

§ I Convention n° 16 signée le 8 septembre 1976 à Vienne

2373 La Convention n° 16 signée à Vienne le 8 septembre 1976 est relative à la délivrance d'extraits plurilingues d'actes de l'état civil.

Cette convention prévoit la délivrance d'extraits et de certificats codés d'actes d'état civil. Elle prévoit également en annexe les modèles standard d'actes multilingues pour l'établissement des actes constatant la naissance, le mariage ou le décès.

Cette convention n° 16 a été ratifiée par les États suivants (813) : Allemagne (18 juin 1997), Autriche (12 mars 1981), Belgique (2 juin 1997), Espagne (25 mars 1980), France (17 décembre 1986), Italie (14 août 1979), Luxembourg (28 avril 1978), Pays-Bas (27 mars 1987), Portugal (30 juin 1983), Suisse (19 mars 1990), Turquie (31 mai 1985), Slovénie (1er décembre 1992), Croatie (22 septembre 1993), Macédoine (15 avril 1994), Bosnie (11 octobre 1995), Serbie (16 octobre 2001), Pologne (2 octobre 2003), Monténégro (26 mars 2007), Moldavie (15 avril 2008), Lituanie (30 décembre 2009), Estonie (24 novembre 2011), Roumanie (6 mai 2013), Bulgarie (18 novembre 2013), Cap-Vert (17 septembre 2015).

§ II Convention n° 17 signée le 15 septembre 1977 à Athènes

2374 La convention n° 17 signée à Athènes le 15 septembre 1977 est relative à la dispense de légalisation de certains actes et documents, l'article 2 prévoyant que chaque État contractant accepte sans légalisation ou formalité équivalente, à condition qu'ils soient datés et revêtus de la signature et, le cas échéant, du sceau ou du timbre de l'autorité qui les a délivrés, les actes et documents se rapportant à l'état civil, la capacité ou la situation familiale des

(812) Site internet : www.ciec1.org/WD210AWP/WD210Awp.exe/CONNECT/SITECIEC?_WWREFERER_=http%3A%2F%2Fwww.ciec1.org%2F&_WWNATION_=5.

(813) Au 7 novembre 2017, date de mise à jour du tableau récapitulatif des États ayant ratifié la convention, sur le site de la CIEC : www.ciec1.org/SITECIEC/PAGE_Conventions/RBwAALtJcxFzYml3QmxLWmJvGwA?WD_ACTION_=MENU&ID=A10&_WWREFERER.

personnes physiques, à leur nationalité, à leur domicile ou à leur résidence, et tous les autres actes et documents à produire en vue de la célébration du mariage ou de l'établissement d'un acte d'état civil.

Cette convention n° 17 a été ratifiée par les États suivants (814) : Autriche (23 avril 1982), Espagne (19 février 1981), France (14 mai 1982), Grèce (21 mars 2014), Italie (9 décembre 1981), Luxembourg (5 août 1981), Pays-Bas (9 juin 1981), Portugal (20 novembre 1984), Turquie (1er mai 1987), Pologne (28 mars 2003).

§ III Convention n° 34 signée le 14 mars 2014 à Strasbourg

2375 La convention n° 34 signée le 14 mars 2014 à Strasbourg est relative à la délivrance d'extraits et de certificats plurilingues et codés d'actes de l'état civil.

Cette convention a retenu particulièrement l'attention, car dans son préambule il est possible de retrouver la quintessence de l'article 67 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et de la confiance mutuelle qui y est prônée.

En effet, le préambule prévoit que les États contractants, « désireux d'étendre à d'autres événements de l'état civil la portée de la Convention de 1976 précitée et d'adapter les modèles des documents d'état civil à l'évolution du droit de la famille, (...), Déterminés à faciliter la circulation internationale de documents d'état civil pour les personnes tenues de justifier de leur état civil dans un pays autre que l'État d'enregistrement, soucieux d'éviter toute exigence de traduction et de légalisation entre les États contractants,

Conscients du fait que la facilitation de la circulation internationale de documents d'état civil repose sur la confiance mutuelle des États contractants dans la fiabilité du système d'enregistrement et de la délivrance des extraits dans chacun des États contractants (...) ».

C'est dire les efforts déployés dans les relations internationales pour assurer dans les meilleures conditions possibles une circulation internationale sécurisée, et reconnue des documents publics, en l'espèce d'état civil.

Cette convention va plus loin, en édictant dans son article 5 que : « Les extraits et certificat délivrés en application de la présente convention ont la même force probante que les extraits d'acte et certificats délivrés conformément aux règles de droit interne de l'État de délivrance. Lesdits extraits et certificats sont acceptés sans légalisation ou formalité équivalente dans chacun des États contractants » .

Cette convention n° 34 a été ratifiée par les États suivants : Allemagne (31 octobre 2017), Belgique (26 juin 2017).

(814) Au 7 novembre 2017, date de mise à jour du tableau récapitulatif des États ayant ratifié la convention, sur le site de la CIEC : www.ciec1.org/SITECIEC/PAGE_Conventions/RBwAALtJcxFzYml3QmxLWmJvGwA?WD_ACTION_=MENU&ID=A10&_WWREFERER

TITRE II

Les fondements et modalités de la circulation internationale

Après avoir précisé le principe de la légalisation, les exceptions de sa simplification par la formalité de l'apostille, et de sa suppression en vertu de conventions et traités internationaux, le temps est venu d'aborder la circulation internationale de l'acte notarié. 2376

Le phénomène croissant lié à la mobilité internationale des personnes entraîne en effet dans son sillage la circulation des actes au-delà des frontières.

Faire valoir ou produire à l'étranger des situations de droit ou de fait que l'acte authentique retranscrit devient un besoin quotidien pour les notaires, tout comme recevoir en France un acte établi à l'étranger.

Dans ces conditions, et d'une façon plus générale, comment l'acte notarié, légalisé, apostillé, ou dispensé de toute formalité analogue va-t-il faire valoir ses effets au-delà des frontières ? Quelles sont les méthodes que le droit international privé a élaborées au fil du temps pour assurer une pleine et entière circulation à l'acte notarié ?

Selon que l'acte circule en dehors de l'Union européenne **(Sous-titre II)** ou en son sein **(Sous-titre III)**, les techniques et méthodes utilisées diffèrent. Mais, au préalable, il convient de préciser les raisonnements à la base de la circulation. Pour ce faire, aborder les considérations terminologiques en la matière s'avère indispensable **(Sous-titre I)**.

SOUS-TITRE I

Reconnaissance ou acceptation ? Question de terminologie

Bien que garant de la sécurité juridique (V. *supra*, n^os^ 2001 et s.), l'acte notarié, par son existence, n'est pas automatiquement reconnu dans les différents ordres juridiques dans lesquels il doit produire ses effets. 2377

En matière de circulation, les différences entre les ordres juridiques pour reconnaître des situations de droit nées à l'étranger ou faire produire leurs effets aux actes établis à l'étranger ne devraient pas avoir lieu, compte tenu d'un principe simple, celui de la confiance mutuelle.

Pourtant, reconnaître une même force probante au contenu de l'acte, ou les mêmes effets attachés à ce dernier dans l'État d'accueil que dans son État d'origine n'est pas chose aisée.

L'une des raisons de cette difficulté réside dans le sens donné aux mots utilisés pour établir les définitions nécessaires pour construire le raisonnement (815).

2378 Le droit international privé se construit par la qualification et la classification des critères de rattachement bien définis (V. *supra*, commission 1, n° 1020).

Paradoxalement, la circulation internationale de l'acte notarié est confrontée à une difficulté d'ordre terminologique pour déterminer le critère de rattachement utile à sa qualification : selon sa nature, l'acte notarié qui circule entre les États est-il accueilli ou reçu ? Est-il reconnu ou accepté ?

La terminologie fixée en doctrine et en jurisprudence qui gouverne la matière (816), fait des distinctions qui peuvent paraître subtiles. C'est ainsi qu'un jugement sera reconnu, tandis qu'un acte notarié sera accepté **(Chapitre I)**. Passé cet obstacle sémantique, seront alors étudiées les modalités d'acceptation de l'acte notarié selon les règles de droit international privé **(Chapitre II)**.

CHAPITRE I Distinction entre reconnaissance d'un jugement et acceptation d'un acte notarié

2379 « Qu'est-ce exactement la reconnaissance ? », s'interrogeait un auteur (817) ; un acte authentique est-il reconnu uniformément, s'agissant d'un jugement, d'un acte notarié ou d'un acte d'état civil ?

Au-delà des reconnaissances entre décisions et situations (818), il est admis qu'un jugement ne peut être assimilable à un acte notarié (819), car dans le jugement, « le juge fait œuvre de volonté à propos du rapport de droit qui lui est soumis. L'instrument contient la décision du juge qui est donc l'auteur, tout à la fois de l'*instrumentum* et du *negotium*. La reconnaissance du jugement désigne alors l'acceptation dans un autre ordre juridique de la norme dont le jugement est porteur » (820), tandis qu'en recevant son acte, le notaire est un « organe public qui donne à son intervention un simple rôle réceptif, par opposition au caractère volitif de la décision d'un juge » (821).

(815) Cette difficulté sémantique a déjà été rencontrée en matière d'établissement des procurations sous seing privé : V. *supra* , n° 2216.

(816) Pour un compte rendu exhaustif de la matière, selon les cours européennes : H. Fulchiron, *La reconnaissance, jusqu'où ?*, in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières : Mél. en l'honneur du Professeur B. Ancel*, *op. cit.*, p. 647 et s.

(817) P. Meyer, *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, in *Mél. en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 547 et s.

(818) P. Meyer, *op. cit.*, pour la reconnaissance des décisions, p. 549, n° 5 ; pour la reconnaissance des situations, p. 558, n° 19.

(819) Concernant les travaux relatifs à la création du règlement européen « Successions » n° 650/2012 du 4 juillet 2012, voir le débat passionné du Max Plank Institute et son rapport virulent s'opposant à toute reconnaissance et assimilation des actes authentiques, énoncé dans l'article de M. Kohler et M. Buschbaum, *La « reconnaissance » des actes authentiques ? - Réflexions critiques sur une approche douteuse entamée dans l'harmonisation des règles de conflit de lois* (en ligne : www.iprax.de/de/dokumente/online-veroeffentlichungen/kohler-buschbaum.php, consulté le 13 nov. 2018).

(820) P. Callé, *L'acceptation et l'exécution des actes authentiques, in* E. Fongaro (ss coord.), *Droit patrimonial de la famille*, LexisNexis, 2013, p. 50, n° 149.

(821) R. Crône, *La réception d'un acte étranger en France*, in *Mél. en l'honneur de M. Revillard, Liber amicorum*, Defrénois, 2007, p. 79, n° 10.

Le notaire, en rédigeant son acte, n'est que l'auteur de l'*instrumentum* : il joue un « rôle réceptif, lequel [acte] est le produit de la volonté des seules personnes privées ; le notaire se borne à dresser un instrument public » (822).

Ainsi, dans un acte de vente, le notaire « n'émet aucune volonté propre, il consigne formellement la volonté des deux parties, vendeur et acquéreur ; sera au contraire une décision, le jugement prononçant la nullité de cette vente, car alors, le juge dit le droit, exprimant une volonté propre, indépendante des parties » (823).

Il résulte de ce qui précède que le terme « reconnaissance » est réservé en droit international privé aux décisions de justice : elles émanent d'une autorité étatique qui tranche le litige, à la suite d'un débat contradictoire, et pouvant faire l'objet d'un recours (824).

À défaut d'être reconnu au plan international, l'acte notarié sera accepté, accueilli, ou encore recevable dans les autres ordres juridiques.

CHAPITRE II L'acceptation de l'acte notarié en droit international privé

L'acceptation en droit international privé de l'acte notarié repose sur le principe de présomption de validité **(Section I)**. Ce principe connaît cependant certaines limites **(Section II)**. **2380**

Section I Une présomption de validité

En droit commun, le principe est fondé sur la présomption de validité de l'acte notarié. En d'autres termes, un acte authentique étranger est présumé valable en France (825). **2381**

La force de ce principe explique qu'aucun texte, même dans le Code de procédure civile, ne vise aucune disposition sur la validité des actes authentiques étrangers (826).

L'acte notarié, acte public pour certains (827), ou quasi public pour d'autres (828), est souvent le support d'un contrat et tout contrat, jusqu'à preuve du contraire, est présumé

(822) M. Goré, *L'acte notarié, instrument de l'exécution forcée : LPA* 11 août 1997, n° 98, p. 5 et s.
(823) R. Crône, *op. cit.*
(824) C'est sur la base de ce raisonnement que la Cour de justice de l'Union européenne a rendu les arrêts du 24 mai 2011 étudiés dans la partie préliminaire : V. *supra*, n° 2031.
(825) La présomption de validité est déjà la règle pour les actes d'état civil, ainsi qu'il a été vu *supra*, n° 2117.
(826) R. Crône, *La réception d'un acte authentique étranger en France*, in *Mél. en l'honneur de M. Revillard, Liber amicorum*, Defrénois, 2005, p. 80, n° 13.
(827) Cass. 1re civ., 20 mars 2001, n° 99-12.364 : *Rev. crit. DIP* 2001, p. 697, note H. Muir Watt qui reconnaît qu'un testament reçu en la forme notariée est un acte public, même établi par un notaire étranger de droit latin.
(828) R. Crône, dans son article précité, reprend la définition de l'acte quasi-public élaboré par M. Pamboukis : « L'acte quasi-public désigne l'ensemble des actes dans lesquels est intervenu un organe public dans le but de l'administration publique de droit privé, mais ne comportant pas l'expression de la volonté de l'organe public« ; définition conforme avec celle de P. Meyer : « Intervention d'un organe étatique, destinée à produire des effets de droit privé, mais ne prenant pas la forme d'une décision au sens strict, c'est-à-dire ne comportant pas l'affirmation expresse, pourvue d'une autorité propre,de l'existence d'un État de droit ».

valable : « L'acte authentique rayonne en tant qu'élément faisant partie de l'ordre juridique de l'État requis » (829), auquel il s'intègre naturellement.

Cas pratiques de validité d'actes notariés étrangers en France

Acte néerlandais de notoriété : un acte de notoriété dressé par un notaire néerlandais doit être reconnu de plein droit en France (830).

Acte allemand de reconnaissance d'enfant naturel : de même, une reconnaissance volontaire établie en Allemagne avec engagement consécutif de verser une pension alimentaire est pleinement valable en France : « Toute reconnaissance volontaire d'un enfant naturel faite en pays étranger produit de plein droit ses effets sans qu'il y ait lieu de soumettre à *exequatur* l'acte instrumentaire qui la contient, de la même manière que font foi les actes de l'état civil, tant que son invalidité n'a pas été constatée judiciairement à l'initiative de celui qui y a intérêt » (831).

Actes notariés exécutoires allemands : deux actes rendus exécutoires par le notaire allemand en vue de recouvrer sa créance à l'encontre de clients français, revêtus de l'*exequatur* par la juridiction française. Les clients, qui refusaient de régler, ont invoqué la violation de l'ordre public français, la procédure allemande étant différente de celle française compte tenu du fait que la nature juridictionnelle et le caractère contradictoire qui garantit les droits de la défense en France (832) n'existent pas en Allemagne, en matière de recouvrement de créance. La cour d'appel de Paris a indiqué que les « dispositions de la loi étrangère ne peuvent pas être considérées en France, comme contraires à l'ordre public dans les relations internationales avec les autres pays, du simple fait qu'elles sont différentes des règles françaises » (833).

Testament authentique polonais instituant un legs « par revendication » : la reconnaissance par un État des effets d'un legs « par revendication », inconnu dans sa législation, selon une décision de la Cour de justice de l'Union européenne. Dans le cadre du règlement européen « Successions », la Cour considère qu'en vertu de l'article 1er, § 2, k) et l) et 31 du règlement « Succession » nº 650/2012 du 4 juillet 2012, « un État ne peut refuser de reconnaître les effets réels du legs "par revendication" connu par le droit applicable à la succession, pour lequel un testateur a opté, dès lors que ce refus repose sur le motif que ce legs porte sur le droit de propriété d'un immeuble situé dans cet État, dont la législation ne connaît pas l'institution du legs "par revendication" à la date d'ouverture de la succession » (834).

(829) M. Goré, *L'acte authentique en droit international privé*, in *Droit international privé*, Travaux comité fr. DIP, 14e année, 1998-2000, p. 29. Étant précisé que si le cœur de ses réflexions était l'acte authentique en général, l'auteur a bien reconnu dans son introduction à la page 23, qu'en tout état de cause, « l'acte notarié, c'est l'acte authentique par excellence ».

(830) La force probante de l'acte de notoriété dans l'État d'accueil est définie à l'article 59.1 du règlement européen « Successions » nº 650/2012, qui énonce : « Les actes authentiques établis dans un État membre ont la même force probante dans un autre État membre que dans l'État membre d'origine ou y produisent les effets les plus comparables, sous réserve que ceci ne soit pas manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre concerné ».

(831) Cass. 1re civ., 12 janv. 1994, *M. Tonon* c/ *Office cantonal de la jeunesse de Tuttlingen : Rev. crit. DIP* 1994, p. 557, note Pamboukis.

(832) Le défaut du principe du contradictoire a été déjà évoqué quant à la délivrance des actes exécutoires par le notariat croate : cf. commentaires des arrêts *Pula Parking* et *Ibrica*, *supra*, nº 2048.

(833) CA Paris, 15 juin 1976 : *Gaz. Pal.* 1976, 2, 747.

(834) CJUE, 12 oct. 2017, aff. C-218/16 : *Defrénois flash* 30 oct. 2017, nos 43-44, art. 142 h 2. Dans cette affaire, il s'agissait de faire reconnaître en Allemagne la validité d'un legs possible en Pologne, connu sous le nom de « legs par revendication » inconnu en Allemagne.
L'article 981, § 1 du Code civil polonais permet à un testateur de désigner par acte notarié un légataire qui bénéficie d'un legs qui porte sur un bien qu'il désignera au moment de l'ouverture de la succession. Le bénéfice de ce legs par « revendication » peut notamment consister en une quote-part de propriété sur un immeuble, laquelle de ce fait constitue un droit patrimonial cessible.

Toutefois, il faudra veiller à conférer à l'acte étranger « ni plus ni moins que la force probante que lui accorde la loi étrangère en vertu de laquelle l'acte a été établi » (835).

Cette dernière observation conduit à examiner les limites de cette présomption de validité.

Section II Les limites de la présomption

2382 Les tempéraments qui viennent apporter une certaine limite à ce principe de validité présumée tiennent essentiellement à deux facteurs : le premier concerne la qualité de l'autorité locale instrumentant l'acte établi à l'étranger **(§ I)** et le second la contestation de l'acte étranger **(§ II)**.

§ I La qualité de l'autorité locale qui instrumente dans les pays étrangers

2383 Le caractère authentique de l'acte étranger pourrait ne pas équivaloir à l'authenticité conférée par le notaire français à ses actes.

Ainsi qu'il a déjà été analysé dans la partie consacrée à la procuration devant être reçue en la forme authentique, l'acte établi à l'étranger, comme par exemple en Australie, pourrait ne pas remplir tous les critères de solennité requis pour conférer à l'acte le caractère authentique (V. *supra*, nos 2219 et s.).

La théorie de l'équivalence qui consiste à rechercher « la substance commune suffisante qui permette l'articulation des systèmes, de porter, au cas par cas, un jugement de valeur afin de déterminer si l'institution étrangère peut être ajustée à la règle française sans provoquer d'altération grave » est incontournable pour apprécier si les critères de l'authenticité sont remplis par l'autorité locale étrangère.

Cette méthode de l'équivalence va surtout s'appliquer lorsque l'autorité locale exerce dans un pays qui ne connaît pas dans son ordre juridique le notariat de « type latin », comme par exemple les pays de *common law* ou les pays de droit musulman, dont la diversité des statuts conduit à développer ce qui suit.

A/ L'autorité locale dans les pays de *common law*

2384 La diversité des systèmes de *common law* conduit à faire des choix quant à la description des caractéristiques de leur activité « notariale ».

C'est pour cette raison que la description de ces systèmes sera limitée au seul système anglais. L'Écosse et la Nouvelle-Zélande mériteraient également une étude, mais les limites de l'ouvrage imposent des choix.

2385 Même si le *notary public* peut illustrer l'adaptation du droit entre la *common law* et la *civil law* (836), les pouvoirs du juge en la matière sont si importants et si puissants que, d'une part, l'exécution relève exclusivement du pouvoir juridictionnel et, d'autre part, que le contrat peut toujours être révisé, amendé, voire purement privé de tout effet par le juge qui peut juger en *equity*.

(835) M. Goré, *op. cit.*, p. 31.
(836) M. Lightowler, *Les notaires en Angleterre et au Pays de Galles : JCP* N 17 nov. 2017, no 46, 1308, p. 28, no 2.

Par ailleurs, dans un certain nombre de cas, les *notaries publics* se trouvent également exercer en qualité de *solicitors*, ce qui n'est pas compatible avec le statut d'officier public du notaire de droit latin.

I/ Les *scriveners notaries* et *notaries publics* au Royaume-Uni

a) Le scrivener notary

2386 La trentaine de professionnels dénommés *scriveners notaries* et exerçant essentiellement à Londres dans des entités commerciales de types et de tailles variables a obtenu des examens supplémentaires imposés par la *Society of scrivener notaries* (837).

À la différence du *notary public*, le *scrivener notary* de droit anglais, non seulement vérifie l'identité et la capacité des parties, mais dresse également les contrats qu'il authentifie.

Il exerce un office public, et les actes qu'il authentifie dans ce cadre sont destinés à être utilisés en dehors du Royaume-Uni (838).

Son obligation professionnelle à l'égard du client l'amène à devoir attirer l'attention des parties sur la gravité de son engagement (839).

De ce fait, il pourrait être considéré comme exerçant une fonction proche de celle des notaires de pays latins (840).

Pour autant, toutes les réserves sont de mise sur ce point délicat, du fait précisément des différences de statut constatées : le *scrivener notary* n'est pas officier public nommé par l'État ; il peut en outre exercer la profession de *solicitor*, activité cumulée avec celle de *scrivener notary*. De plus, l' activité du *scrivener notary* n'est pas tarifée, les modalités de sa rémunération reposent sur des honoraires libres (841).

Ce juriste exerce son activité dans un cadre strictement libéral, sans être délégataire de l'autorité publique. Les actes qu'il instrumente n'ont ni la force probante ni la force exécutoire de l'acte notarié établi par un notaire de droit latin.

Dans ces conditions, l'acte établi par un *scrivener notary* peut-il vraiment équivaloir à un acte authentique français ?

Pour une partie de la doctrine (842), confortée par une réponse ministérielle de 1989 (843), il semblerait que la réponse soit positive (844).

Toutefois, si la notion d'équivalence consiste à garantir l'intégration dans l'ordre du *for* de situations conformées sur des institutions étrangères (845), il convient de contrôler si le rapport de droit ainsi qualifié (en l'espèce l'activité du *scrivener notary*) respecte l'exigence de

(837) M. Lightowler, art. préc., p. 28, n° 6.
(838) M. Goré, *L'acte authentique en droit international privé*, Travaux comité fr. DIP, 1998-1999, p. 28.
(839) V. Bonnet et D. Vincent, 111e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 2015, 3e commission, p. 643, n° 3332.
(840) H. Péroz, *La procuration en droit international privé : JCP* N 14 mai 2010, n° 19, 1193, n° 11.
(841) M. Lightowler, art. préc., p. 28, nos 5 et 7.
(842) M. Goré, art. préc., p. 28. – P. Callé, *L'acte authentique établi à l'étranger. Validité et exécution en France : Rev. crit. DIP* 2005, p. 382 et spéc. p. 395. – P. Callé : *JCl. Notarial Formulaire*, not. V° *Acte notarié*, fasc. 310, spéc. n° 37.
(843) Rép. min. 18 déc. 1989 : *JOAN* Q 25 sept. 1989, n° 17784, p. 5586.
(844) M. Goré, art. préc., p. 28. – P. Callé, *L'acte authentique établi à l'étranger. Validité et exécution en France : Rev. crit. DIP* 2005, p. 382 et spéc. p. 395. – P. Callé : *JCl. Notarial Formulaire*, not. V° *Acte notarié*, fasc. 310, spéc. n° 38.
(845) S. Godechot-Patris, *Retour sur la notion d'équivalence au service de la coordination des systèmes : Rev. crit. DIP* 2010, p. 271.

cohérence de l'ordre du *for* (en l'espèce la notion d'authenticité conférée par un officier public nommé par l'État, délégataire de l'autorité publique, exerçant de surcroît de façon indépendante et impartiale – regroupant non seulement les critères de solennité, mais aussi le devoir de conseil qui en est le prolongement) (846).

Compte tenu de ce qui vient d'être dit, au regard des différences conceptuelles de la notion d'authenticité entre les deux systèmes anglais et français, la qualification semble moins bien résister à l'exigence de cohérence. Faut-il en conclure que les actes reçus par le *scrivener notary* ne bénéficieraient pas de la présomption de validité ?

b) Le notary public

2387 Dans le système anglais, même si le *notary public* existe depuis le XIIIe siècle (847) et que les fonctions sont actuellement régies par un règlement professionnel de 2014, les actes authentiques, selon l'acception anglaise de la notion, sont privés de la force probante renforcée et surtout de la force exécutoire, toutes deux inhérentes à l'authenticité de l'acte du notaire de droit latin.

En Angleterre comme au Pays de Galles, les *notaries publics* sont autorisés, comme les *scrivener notaries*, à exercer les mêmes activités que les conseillers juridiques (*solicitors*), portant notamment sur l'administration des successions ou la rédaction d'actes translatifs (848).

Leurs obligations professionnelles sont de « s'assurer que les personnes qui paraissent devant eux sont correctement identifiées, leurs capacité et compétence étant vérifiées et leur compréhension et libre arbitre constatés » (849).

Mais, en principe, ils ne participent pas à l'élaboration de l'acte. De ce fait, aucune obligation de conseil ne semble leur être imposée (850).

Partant, l'équivalence entre l'acte reçu par un *notary public* et un notaire français s'avère délicate à envisager.

La situation serait-elle différente si le *notary public* (ou le *scrivener notary*) remplit également les fonctions de *solicitor* ? Les avis sont partagés (V. *infra* , n° 2389).

2388

Les *notaries* australiens et américains

Bien que le choix ait été de limiter l'étude du modèle de *notary public* anglais, une évocation des *notaries publics* australiens et américains reste opportune, compte tenu des nombreux actes et procurations pouvant provenir de ces pays.

Concernant le *notary public* australien, l'arrêt du 14 avril 2016 relève que ce professionnel ne remplit pas les conditions de solennité requises (851).

Concernant le *notary public* américain, un arrêt du 23 mai 2006 confirme également qu'officiant seul, ce certificateur de signature ne peut être l'équivalent du notaire, officier public authentificateur (852).

(846) *Ibid.*
(847) Par la faculté dès 1279 qui a été accordée par le Pape Nicolas III à l'archevêque de Canterbury de nommer trois notaires : M. Lightowler, *Les notaires en Angleterre et au Pays de Galles : JCP* N 17 nov. 2017, n° 46, 1308, p. 27 et s.
(848) *Ibid.*
(849) M. Lightowler, art. préc., n° 15.
(850) E. Fongaro, *Acte authentique - Signature - Procuration - Acte passé à l'étranger : JDI* janv. 2017, n° 1, 3, p. 14.
(851) Pour un commentaire détaillé, V. *supra*, n° 2219.
(852) Cass. 1re civ., 23 mai 2006 : *Rev. crit. DIP* 2006, 841, note M. Revillard ; cet arrêt fait l'objet d'un commentaire de P. Callé, *Le notaire, les actes notariés et le droit international privé*, in *Mél. à la mémoire de P. Courbe*, Dalloz, 2012, p. 83.

II/ Les *solicitors* et *barristers*

a) Le solicitor

2389 Le *solicitor* est un professionnel du droit dont l'une des caractéristiques est d'être en relation directe avec le client, de rédiger des actes, sans toutefois certifier l'identité des parties, ni leur signature, ni conférer date certaine aux actes (853).

Dans ces conditions, la combinaison des deux professionnels, *solicitor* d'une part, et *notary public (ou scrivener notary)* d'autre part, permettrait-elle de respecter l'exigence de cohérence que la notion d'équivalence présuppose ?

En d'autres termes, la méthode selon laquelle le *solicitor* reçoit les clients, leur lit l'acte et s'enquiert de leur parfaite compréhension avant de recueillir leur signature en présence du *notary public* qui atteste de l'identité des parties, certifie l'authenticité de leur signature et atteste de la date de signature, peut-elle équivaloir à la réception d'un acte authentique par un notaire français ?

Pour certains auteurs, la réponse est positive (854) même si la prudence reste de mise. Cette position repose en effet sur la situation inédite d'une authentification « à quatre mains », où la fonction de conseil et de vérification de la qualité du consentement est dissociée de la fonction d'identification. Or, le notariat de type latin repose précisément sur la réunion de ces fonctions entre les mains d'une même personne, un officier public nommé à cet effet. Si l'on peut s'interroger sur l'éventuelle équivalence (sur la notion en droit international privé : V. *infra* , nos 2402 et s.) de la solution, il ne s'agit certainement pas d'un acte authentique au sens propre.

b) Le barrister

2390 Un autre professionnel du droit exerce au Royaume-Uni : il s'agit du *barrister*. Cette profession, héritage de l'histoire ancienne du droit anglais, existe toujours à ce jour.

Le monopole historique du *barrister* est de plaider devant les juges. Actuellement, les *barristers* collaborent souvent avec les *solicitors*, même si les dernières réformes ont permis à ces derniers d'avoir accès à la plaidoirie.

Dans l'Angleterre d'aujourd'hui, les affaires portées au contentieux nécessitant de plaider sont relativement faibles en matière d'accidents de la route et de divorces, comparées à celles relatives au monde des affaires et de la finance londonienne (855).

Comme ces dernières se résolvent le plus souvent par l'arbitrage, le développement des activités économiques modernes a marginalisé la profession de *barrister*, « la classe la plus noble du droit » selon certains auteurs (en contact direct avec les juges, qui sont d'ailleurs choisis parmi cette profession), par rapport à « la classe plus riche » des *solicitors* selon les mêmes auteurs, qui assurent le conseil juridique (856).

(853) G. Bonnet et D. Vincent, 111e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 2015, p. 645, no 3332.

(854) M. Farge et F. Hébert, *Caractère authentique de la procuration reçue par un notary public australien ? : JCP* N 1er juill. 2016, no 26, 1209, p. 24. – A. Meier-Bourdeau, *La réception des actes authentiques en France : JCP* N 18 juill. 2014, no 29, 1253, p. 39, no 9. – P. Callé, *Le notaire, les actes notariés et le droit international privé*, in *Mél. à la mémoire de P. Courbe*, Dalloz, 2012, p. 78 et spéc. p. 83.

(855) A. Gambaro, R. Sacco et L. Vogel, *Le Droit de l'Occident et d'ailleurs, Traité de droit comparé*, LGDJ, 2011, p. 114 et s., no 60.

(856) *Ibid.*

C'est ainsi que les grands cabinets londoniens sont des associations de *solicitors*, tandis que les cabinets de *barristers* (appelés des *inns*), qui ont leur siège dans le centre de Londres (« îlot de paix au cœur d'un océan d'activités et de bruit ») (857), occupent essentiellement une fonction éducative et consultative pour l'organisation des professions juridiques et l'enseignement du droit (858).

Il résulte de ce qui précède que l'activité des *barristers* ne peut réussir l'examen de la cohérence qui assure l'équivalence avec l'activité notariale telle qu'exercée par l'officier public français.

2391 La description ainsi faite des professions juridiques anglaises souligne tout à la fois les particularités rencontrées, quand le notaire français doit rechercher l'équivalence pour les actes établis outre-Manche, et leur diversité.

Un autre système de droit est également très diversifié quant aux autorités locales chargées de rédiger ou authentifier les actes, qui peut laisser le notaire en recherche de l'équivalence en proie à plusieurs interrogations : il s'agit des autorités locales qui instrumentent les actes dans les pays de droit musulman, qu'il est proposé d'aborder maintenant.

B/ L'autorité locale dans les pays de droit musulman

2392 De même que la diversité des systèmes de *common law* a précédemment conduit à faire des choix quant à la description des caractéristiques de leur activité « notariale », l'évocation du droit musulman sera limitée au seul ordre juridique marocain.

Même si l'Algérie, la Tunisie, ou encore pour des raisons nouvelles d'expatriation de Français, le Qatar, l'Arabie saoudite ou les Émirats arabes unis mériteraient d'être abordés dans le périmètre de leurs activités notariales et de leurs autorités locales qui les exercent (859), les limites de l'ouvrage imposent des choix.

En effet, les pays musulmans pratiquent différents droits issus de plusieurs grandes écoles de droit qui interprètent et appliquent les règles du Coran (860).

Pour cette raison, seul l'exemple du notariat marocain sera évoqué ici, du fait de la coexistence de deux types de notariat dans ce Royaume (861).

I/ Le notariat marocain de type confessionnel

2393 Le premier type de notariat qui retiendra ici l'attention est le notariat confessionnel, au regard tant du statut personnel que successoral.

Ce type de notariat comprend trois catégories de notaires, en fonction des confessions :
- le notaire adoulaire, institué par la loi coranique, compétent pour les affaires religieuses des musulmans ;
- le notaire rabbinique, institué par la loi mosaïque, compétent pour les affaires civiles des personnes de confession israélite ;

(857) *Ibid.*
(858) *Ibid.*
(859) R. Crône et L. Perreau-Saussine, *Expatriation : quelle organisation patrimoniale ? : JCP* N 1er déc. 2017, nº 48.
(860) L. Perreau-Saussine, *Rapport de synthèse du colloque sur les difficultés en DIP français de réception des droits musulmans : JCP* N 20 juill. 2018, nº 29, 1246, p. 57, nº 3.
(861) CSN, Fiche « Partenariat avec le notariat du Maroc », portail Réal : intra.notaires.fr/csn/jcms/mn_11962/partenariat-maroc, mis en ligne le 4 avr. 2012, consulté le 24 nov. 2018.

– le notaire non musulman et non rabbinique, qui correspond au notaire de type latin, compétent pour la rédaction de contrats notariés dispensés d'homologation.

Aux côtés du notariat confessionnel, il existe le notariat de droit civil.

II/ Le notariat marocain de type « droit civil »

2394 Le notariat de droit civil comprend :
- l'*adoul*, compétent pour les transactions immobilières concernant les biens non immatriculés à la conservation foncière et des hypothèques ;
- les *souffrims*, responsables des actes de droit coutumier ;
- les notaires non musulmans et non rabbiniques, compétents pour exercer les activités relevant du droit des sociétés, qu'elles soient civiles ou commerciales, ainsi que des sociétés de fait, des transactions immobilières concernant les biens immatriculés à la conservation foncière et des hypothèques, ainsi que des procurations ou des actes solennels.

2395 Par ailleurs, le statut de ces derniers, jusqu'alors dénommés officiellement « notaires modernes » a fait l'objet d'une importante réforme depuis 2013 (862).

Officier public, le notaire est nommé par arrêté du chef du gouvernement, après avoir été admis au concours d'accès à la profession de notaire, et fait l'objet d'un certain nombre de vérifications (ne pas avoir eu de condamnation ou de sanction dans le cadre de la fonction publique ou des professions libérales, jouir de ses droits civiques et civils, être de bonne moralité et avoir de bonnes mœurs) (863).

Si, depuis la réforme du 15 juin 2013, le notaire marocain a perdu son qualificatif de « moderne », il n'en demeure pas moins des plus modernes : l'activité notariale marocaine évolue en effet très rapidement vers l'avènement d'un écosystème notarial digital, de très nombreux applicatifs permettant des connexions et des transferts de données avec les différents sites des administrations (conservation foncière, cadastre...).

Le droit que le notaire marocain pratique est continental, de type « droit latin ». La langue utilisée est le français, et son champ de compétence est très étendu : du statut personnel et successoral des non-musulmans, et des non-israélites, quelle que soit leur nationalité, à la vie juridique des sociétés de personnes et de capitaux (de la constitution aux dépôts, de la vie sociale à la dissolution), la vie juridique quotidienne (procurations), du commerce (vente, bail de fonds de commerce) et des commerçants individuels.

Il est possible de déduire de ce qui vient d'être dit que le notaire marocain, soumis au statut professionnel issu de la loi du 15 juin 2013, satisfait le plus de critères assurant la cohérence dans la recherche de l'équivalence.

Cette diversité du notariat dans un même ordre juridique est bien représentative des pays de droit musulman, qui traditionnellement distinguent l'activité des *adouls*, de celle des *cadis*.

(862) Avant le 15 juin 2013, la profession notariale était représentée par la Chambre nationale du notariat moderne du Maroc, association à but non lucratif, régie par le *dahir* du 15 novembre 1958. Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 32.09 portant organisation de la profession de notaire, un Ordre national des notaires du Maroc, doté de la personnalité morale, a été créé : www.notaires.org.ma/la-profession/organisation/institution/, date de fraîcheur : 2015, consulté le 24 nov. 2018.

(863) Site internet de l'Ordre national des notaires du Royaume du Maroc : www.notaires.org.ma/acces-a-la-profession/devenir-notaire/, consulté le 25 nov. 2018.

Distinction traditionnelle *adoul/cadi*

De façon générale, au-delà du notariat marocain, l'activité « notariale » de droit musulman s'articule entre les *adouls* à qui les parties exposent leur accord, que les *adouls* rédigent dans des contrats appelés *adlya*, et les *cadis* qui homologuent les actes adoulaires en leur conférant le caractère authentique, par la mention qu'ils apposent, appelée *khitab* (864).

A l'exception du notariat marocain, la combinaison des attributions entre l'*adoul* et le *cadi* ne devrait cependant pas être tenue pour équivalente à l'authenticité attachée à un acte notarié français.

En effet, d'une part, les *adouls* qui rédigent l'acte que les parties souhaitent passer n'ont pas forcément toutes les connaissances juridiques requises et, d'autre part, si le *cadi* a les connaissances juridiques, il n'est pas le rédacteur de l'acte qu'il ne fait qu'homologuer (865).

2396 De tout ce qui précède, que l'acte provienne d'un pays de *common law* ou d'un pays de droit musulman, l'équivalence qui assure l'acceptation en France d'un acte reçu comme ayant un caractère authentique n'est pas si aisée à déterminer, même si un arrêt récent de la Cour de cassation vient rappeler le principe de présomption de validité étudié ci-dessus, n° 2381 (866).

La Haute Cour énonce en effet qu'un acte notarié mentionnant que chaque héritier a donné procuration à un mandataire qui avait signé l'acte en leur nom, doit être considéré de la même manière qu'un acte notarié français, les affirmations du notaire portugais ayant la même force probante que son confrère français, sauf aux parties à introduire au Portugal une procédure d'inscription de faux.

De cet arrêt, un auteur retient que le principe qui y est énoncé demeure pleinement d'actualité pour tous les actes authentiques émanant d'État tiers à l'Union européenne (867).

À retenir

De tout ce qui précède, il résulte que l'analyse de cohérence au regard du principe d'équivalence doit être effectuée *in concreto*, au cas par cas. Aucune règle générale ne peut s'appliquer en la matière, compte tenu de la grande diversité de systèmes : l'étude de la fonction de l'organe public étranger détermine en effet si l'acte est équivalent ou pas à l'acte notarié dressé par un notaire français (868).
Sous ces seules conditions, le principe de droit commun de validité peut être appliqué.

Cette présomption de validité s'applique sauf dans les cas où l'acte notarié établi à l'étranger est contesté. Ceci sera la deuxième limite au principe de présomption de validité.

(864) P. Callé, *Acte établi à l'étranger : JCl. Notarial Formulaire*, V° *Acte notarié*, fasc. 310, p. 7, n° 45.
(865) L. Milliot et F.-P. Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Sirey, 2e éd. 1987, p. 537, n° 707, et p. 543, n° 720.
(866) Cass. 1re civ., 18 mars 2015, n° 13-28.173 (rejet), inédit : *Defrénois flash* 4 mai 2015, p. 9 : cet arrêt concerne un acte notarié portugais, qui est soumis au règlement européen « Successions » et à son article 59 depuis son entrée en vigueur le 17 août 2015.
(867) P. Callé, *Chroniques de droit international privé : Defrénois* 2015, 12058, p. 887.
(868) Pour une approche doctrinale de la question : G. Bonnet et D. Vincent, 111e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 2015, p. 639, nos 3324 et s.

§ II La contestation de l'acte notarié étranger

2397 Le principe de validité présumée qui vient d'être étudié peut être combattu de plusieurs manières, selon que l'objet contesté se trouve être l'*instrumentum* (le support servant aux parties à exprimer leurs volontés), le *negotium* (ce que les parties ont voulu) **(A)**, ou encore l'autorité locale ayant instrumenté **(B)**.

A/ *Contestation portant sur le* negotium *ou l'*instrumentum

I/ S'agissant du *negotium*

2398 Si la contestation de l'acte établi porte sur le *negotium*, l'État d'accueil doit surseoir à l'exécution de l'acte dans l'attente de la décision qui doit être prise dans l'État d'origine dans lequel une juridiction a déjà été saisie (869).

II/ S'agissant de *l'instrumentum*

2399 Pour le cas où il n'existe pas de litispendance, il est admis qu'une personne peut contester devant les tribunaux français un acte authentique établi à l'étranger, sans toutefois que cette action puisse porter sur l'autorité publique étrangère qui l'a établi.

Ainsi, le juge français peut-il annuler une vente effectuée par un non-propriétaire, ou annuler un testament reçu par un notaire étranger si le testateur n'avait plus la capacité de disposer (870). Le juge français pourra également annuler l'acte authentique lui-même s'il présente une irrégularité formelle au regard de la loi désignée par la règle de conflit (871).

B/ *Contestation sur la sincérité de l'officier public étranger ayant instrumenté*

2400 En revanche, s'agissant d'une contestation portant sur l'officier ayant établi l'*instrumentum*, les juridictions françaises sont alors incompétentes pour statuer sur la sincérité de l'autorité publique étrangère qui l'a établi : les énonciations constatées par l'officier public étranger ne peuvent être discutées devant les juridictions françaises, celles-ci se déclarant incompétentes pour statuer sur la sincérité de l'officier public étranger.

Ainsi, dans un arrêt de 2001, la Cour de cassation qui a relevé que le litige ne portait ni sur la régularité formelle de l'acte public, ni sur la légalité de l'acte juridique, « mais sur la sincérité et la réalité même des énonciations qu'il contenait » a reconnu que « le juge français n'a le pouvoir ni d'annuler l'acte public étranger ni de prendre les mesures requises de mention en marge de l'acte faux et d'injonction à l'officier public étranger dépositaire de l'acte litigieux (...) seules les juridictions italiennes étaient compétentes pour prononcer l'annulation sollicitée » (872).

(869) Ce principe de sursis se trouve dans plusieurs instruments européens tels que l'article 59-3 du règlement « Successions », ou encore l'article 58-3 des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Partenariats enregistrés ».

(870) A. Meier-Bourdeau, *La réception des actes authentiques étrangers en France : JCP* N 18 juill. 2014, n° 29, 1253, p. 40, n° 19.

(871) R. Crône, *La réception d'un acte authentique étranger en France*, in *Mél. en l'honneur de M. Revillard*, Defrénois, 2007, p. 83, n° 22.

(872) Cass. 1re civ., 20 mars 2001, n° 99-12.364 : *Bull. civ.* 2001, I, n° 77.

Toute procédure tendant à porter devant le juge français un litige concernant la sincérité de l'officier public ne peut prospérer, seules les juridictions du pays dans lequel exerce l'officier public étant compétentes pour le juger. Il s'agit de respecter le principe de la *lex auctoris*, étudié *supra*, n° 2051.

Dans ce cas, il ne s'agit pas d'apprécier la validité formelle de l'acte notarié au regard de la loi applicable, mais bien de contester la sincérité du notaire dans l'exercice de ses fonctions. « Or, l'intervention d'une autorité publique reposant sur une délégation partielle de souveraineté, le juge français n'a pas le pouvoir de remettre en cause la présomption de véracité qu'un État étranger accorde à un acte régulièrement dressé par l'un de ses organes » (873).

Dans une telle situation, « si le juge français y procédait, il s'ingérerait dans la souveraineté de l'État étranger » (874).

SOUS-TITRE II

La circulation de l'acte en dehors de l'Union européenne

2401 La mondialisation est aujourd'hui un phénomène qui provoque une évolution et une nécessité impérieuse d'adaptations comme celle du point de vue du droit (875).

Au point qu'un auteur, en se replongeant dans la méthode de Savigny, en parle comme d'un « rêve évanoui » (876).

Cette mondialisation, qui entraîne une intensification des relations et des réseaux internationaux, entraîne de ce fait une accélération de la circulation des actes au-delà des frontières.

C'est ainsi que l'acte notarié établi en France et devant circuler en dehors de l'Union européenne, ou provenant d'un État situé en dehors de l'Union européenne, devra répondre à plusieurs vérifications qu'il est proposé d'évoquer dans ce sous-titre, d'abord en s'attardant sur les notions de prise en considération, d'équivalence des actes circulants **(Chapitre I)**, pour dans un second temps aborder la nécessaire recherche du contenu du droit étranger sur la base duquel l'efficacité internationale de l'acte lui sera reconnue au moyen de la méthode de la prise en considération **(Chapitre II)**.

(873) P. Callé, *Acte établi à l'étranger : JCl. Notarial Formualire*, V° *Acte notarié*, fasc. 310, p. 7, n° 23.
(874) H. Muir Watt, comm. de l'arrêt du 20 mars 2001 : *Rev. crit. DIP* 2001, p. 702, n° 6.
(875) R. Shulze, préface à *La mondialisation*, Journées allemandes, Trav. Assoc. H. Capitant, Bruylant, 2017, t. XVI/2016.
(876) « Un rêve évanoui. Le rêve fait par Savigny au milieu du XIX^e^, d'un régime local de fond, pour un rapport de droit privé donné, qui serait invariable quel que soit le souverain qui l'examine au sein de la communauté de droit concernée se dissipe rapidement (...) » (P. de Vareilles-Sommière, *Localisation et globalisation en droit international privé. Esprit de Savigny, es-tu là ?*, in *Mél. en l'honneur du Professeur B. Ancel*, LGDJ, 2018, p. 1559, n° 4.

CHAPITRE I L'équivalence ou la prise en considération des actes notariés circulants

2402 Si peu d'études portent sur la compétence internationale des actes notariés (877), il est encore moins d'études doctrinales recensées qui portent sur la méthode de l'équivalence appliquée à l'acte notarié dans un contexte international (878).

D'ailleurs, faut-il plutôt parler d'équivalence, de reconnaissance, ou encore de prise en considération ? L'absence de réflexion sur cette question laisse planer un certain « flottement terminologique et notionnel » sur la matière (879).

Cela empêcherait-il pour autant de soulever la question de la prise en considération de l'acte notarié circulant en droit international privé ? L'acte authentique qui retranscrit une situation de droit ou de fait est tout aussi concerné par la circulation internationale qu'une décision de justice.

Si le notaire, lorsqu'il instrumente, est tenu de respecter la *lex auctoris* (880) afin que sa manière de rédiger demeure conforme à la loi française, il peut en revanche appliquer une loi étrangère pour la substance de son acte (881).

Tenir informés ses clients de la faculté qui leur est offerte de choisir une autre loi que celle avec laquelle il instrumente son acte relève d'ailleurs de son devoir de conseil (882).

De même que le juge, l'officier public qu'est le notaire est tenu de mettre en œuvre les règles de droit applicables, et pour cela il ne peut se dispenser de l'application de la règle de conflit (883).

(877) Pour les rares références bibliographiques, V. *supra*, n° 2050, les notes y afférentes.

(878) En doctrine, à l'exception de l'article de fond de M^me^ Marie Goré ayant pour sujet de réflexion l'acte authentique en droit international lors d'une communication au Comité français de droit international privé et de la thèse de M. Pierre Callé portant sur l'acte public en droit international privé à l'Université de Caen, les auteurs se sont surtout concentrés sur les décisions de justice ou le statut personnel en matière de reconnaissance.
Concernant les articles dédiés à la pratique notariale, il est possible de citer : G. Khairallah et J.-F. Gojon, *La force probante internationale de l'acte notarié : JCP* N 1^er^ févr. 2013, n° 5, 1017, p. 46. – R. Crône, *La réception d'un acte authentique étranger en France*, in *Mél. en l'honneur de M. Revillard, Liber amicorum*, Defrénois, 2007, p. 77 et s. – P. Callé, *Le notaire, les actes notariés et le droit international privé*, in *Mél. à la mémoire de P. Courbe*, Dalloz, 2012, p. 75 et s. – A. Meier-Bourdeau, *La réception des actes authentiques étrangers en France : JCP* N 18 juill. 2014, n° 29, 1253, p. 38 et s. – G. Bonnet et D. Vincent, *Les actes solennels dans l'espace international, Guide pratique de la recherche de l'équivalence : JCP* N 1^er^ mai 2015, n° 18, 1145, p. 41 et s. – J.-D. Rumpf, *La réception à l'étranger de l'acte authentique français : JCP* N 18 juill. 2014, n° 29, 1254, p. 43 et s.

(879) C. Nourissat, *Union européenne et droit international privé : relire le Doyen Savatier 60 ans après*, in *Mél. en l'honneur du Professeur B. Ancel*, LGDJ, 2018, p. 1225. L'auteur utilise cette expression pour évoquer le rapport existant en son temps entre le traité de Rome et le droit international privé. L'ambiguïté qui pouvait exister dans certaines matières à l'origine se retrouve encore exister aujourd'hui dans de nouvelles.

(880) Pour une définition du principe : V. *supra*, n° 2051.

(881) P. Callé, *Le notaire, les actes notariés et le droit international privé*, in *Mél. à la mémoire de P. Courbe*, Dalloz, 2012, p. 86 ; en outre, pour une proposition de clause de désignation de loi applicable, V. *supra*, n° 2303.

(882) Cependant, si l'obligation incombant au notaire est de tenir informés ses clients de la faculté de choisir une autre loi que celle du *for*, le notaire n'a pas, en vertu de ce devoir de conseil, l'obligation de connaître et encore moins de maîtriser les droits matériels auxquels les parties peuvent et veulent se soumettre. Il s'agira alors pour les parties d'aller consulter un juriste local.

(883) P. Callé, art. préc., p. 86. – H. Péroz et E. Fongaro, *Droit international privé patrimonial de la famille*, LexisNexis, coll. « Pratique notariale », 2^e^ éd. 2017, p. 15, n° 21.

Dans ces conditions, lorsqu'une situation de droit est créée dans un État et doit produire ses effets dans un autre État, les autorités de cet autre État doivent-elles apprécier cette situation selon leurs propres règles de conflit, ou bien peuvent-elles la reconnaître en faisant abstraction de leurs règles de conflit ?

Dit autrement, quelle méthode doit prévaloir, entre celle de l'équivalence (ou la reconnaissance) et celle du conflit de loi ?

Si, en doctrine, la distinction entre décision de justice et acte authentique doit être respectée, en pratique, même si l'acte notarié n'a besoin d'aucune procédure de type *exequatur* pour produire ses effets dans son État d'accueil, il demeure cependant soumis à l'application de vérifications autres que la légalisation ou l'apostille (884).

Le notaire doit vérifier la validité et la force probante des actes authentiques étrangers qui lui sont présentés (885).

2403 La reconnaissance de l'acte notarié à l'international par la méthode de l'équivalence paraît être la seule susceptible d'être pratiquée en la matière. Il y a alors prise en considération, et « la jurisprudence donne à cette méthode une place de choix en matière d'acte authentique, démarquant celui-ci des jugements » (886).

L'équivalence (ou la prise en considération, ou la reconnaissance, les synonymes sont ici possibles) (887) une fois constatée, l'acte authentique étranger rentre dans le présupposé de la règle, « laquelle va déterminer les effets qu'elle entend faire produire à l'acte. Lesquels sont multiples : validité de l'opération, opposabilité aux tiers d'un droit, force probante de l'acte » (888).

C'est ainsi qu'un notaire français a pu procéder à un changement de régime matrimonial permis par la loi de l'État de New York, sans que les époux aient eu à faire homologuer leur contrat : la loi applicable au régime matrimonial des époux étant en effet la loi américaine, qui ne prévoit aucune procédure judiciaire, c'est par conséquent cette dernière qui s'applique pour rendre possible en France le changement de contrat de mariage sans homologation judiciaire (889).

Avec la prise en considération, l'acte authentique étranger se trouve assimilé à un acte authentique français correspondant, et il convient dans ces conditions d'en tirer « toutes les conséquences au regard de leur force probante, sans se référer à une loi quelconque » (890).

Dans une affaire de 2008 (891), la Cour de cassation a ainsi rejeté le pourvoi à l'encontre d'un acte de partage amiable dressé en Tunisie devant deux notaires. Le pourvoi soutenait que l'acte reçu par deux notaires tunisiens ne pouvait être établi à l'étranger du fait qu'il portait sur des immeubles situés en France. Les hauts magistrats ont rejeté le pourvoi,

(884) V. *supra*, Chapitre I, *L'acceptation de l'acte notarié en droit international privé*, nos 2382 et s.
(885) H. Péroz et E. Fongaro, *op. cit.*, p. 2, no 2.
(886) M. Goré, *L'acte authentique en droit international*, Travaux comité fr. DIP, 14e année, 1998-2000-2001, p. 26.
(887) La circulation internationale étant ici envisagée hors Union européenne, ce qui sera différent au sein de l'Union (V. *infra*, no 2420), lorsque la distinction entre reconnaissance des jugements et acceptation des actes authentiques sera déterminante.
(888) M. Goré, art. préc., p. 29.
(889) Cass. 1re civ., 19 mars 2008, no 06-19.103, F-P+B. – J.-M. Jacquet, *Conflit de loi - Régimes matrimoniaux - Changement de régime matrimonial : JDI* avr. 2008, no 2, comm. 7.
(890) M. Goré, art. préc., p. 29.
(891) Cass. 1re civ., 19 nov. 2008, no 05-16.203 : *JurisData* no 2008-045872 ; *Rev. crit. DIP* 2009, p. 295, note B. Ancel.

considérant que l'acte de partage, même reçu à l'étranger, restait pleinement valable et qu'il obligeait les parties, même si la loi applicable à la succession était la loi française (892).

2404 C'est précisément parce que l'acte authentique étranger s'intègre dans l'ordre juridique interne que sa prise en considération lui assure une efficacité internationale.

Une nouvelle tâche incombe alors au notaire, au même titre que celle que connaît le juge : celle de rechercher le contenu du droit étranger, afin de reconnaître dans l'ordre interne la validité de l'acte présenté au regard du droit matériel étranger.

CHAPITRE II La preuve de la loi étrangère

2405 En officiant dans son domaine de compétence, le notaire, au même titre que le juge, est tenu à une obligation particulièrement lourde de conséquences : celle d'appliquer d'office la loi étrangère, si la règle de conflit française (893) reconnaît son application dans le cadre d'un dossier international (succession, partage...), en matière de droits indisponibles.

La même obligation pèse encore sur le notaire si les clients lui demandent l'application d'une autre loi que celle du *for* en matière de droits disponibles.

Si cette obligation tire son origine de la jurisprudence qui n'a pas toujours été fixée comme aujourd'hui **(Section I)**, l'administration, la charge de la preuve de la loi étrangère ainsi que de son contenu et sa mise en œuvre seront abordés en deuxième partie **(Section II)**.

Section I L'origine jurisprudentielle de l'obligation de recherche

2406 À l'origine, l'arrêt *Bisbal* est le premier dans lequel la notion d'obligation de recherche de la loi étrangère apparaît, bien que la cour décidait alors que le juge n'était pas tenu d'appliquer d'office une loi étrangère (894).

Puis la jurisprudence a connu plusieurs revirements : dans un arrêt de 1960, la cour décide qu'il est finalement loisible aux juges du fond de rechercher et d'appliquer une loi étrangère même si les parties ne l'invoquent pas au procès (895), jusqu'à ce qu'elle décide finalement que le juge avait l'obligation, au besoin même d'office, de rechercher la loi étrangère (896).

(892) Si dans la rigueur des principes ce raisonnement tenu en 2008 reste toujours valide, il convient cependant de s'interroger aujourd'hui sur l'efficacité d'un tel acte établi à l'étranger au regard des dispositions issues de la loi du 28 mars 2011 et contenues dans l'article 710-1 du Code civil prévoyant la possibilité d'accomplir les formalités de publicité foncière pour les actes reçus en la forme authentique exclusivement par un notaire français exerçant en France.
Autrement dit, bien que toujours valable aujourd'hui, cet acte serait cependant inefficace pour la publication au service de la publicité foncière.

(893) Pour un rappel efficace de la notion, et de sa définition, V. travaux de la commission 1, *supra*, nos 1092 et s.

(894) Cass. 1re civ., 12 mai 1959, *Bisbal : D.* 1960, note P. Malaurie, cité par M. Revillard, *Droit international privé et européen : Pratique notariale*, Defrénois, 9e éd. 2018, p. 37, no 26 ; cet arrêt est également étudié par la commission 1, V. *supra* , no 1437.

(895) Cass. 1re civ., 2 mars 1960, *Cie algérienne de crédit et de banque : Rev. crit. DIP* 1960, 610, note P. Malaurie, cité par M. Revillard, *ibid.*

(896) V. M. Revillard, *op. cit.*, p. 37, no 27 ; cet arrêt est également commenté dans les travaux de la commission 1, V. *supra* , no 1437.

Après plusieurs revirements, un arrêt de principe du 28 juin 2005 semble avoir enfin fixé la question.

Préalablement à cet important arrêt de principe dont il sera parlé un peu plus loin (V. *infra*, n° 2408), il convient d'abord d'évoquer deux arrêts datant tous deux de 1999, qui ont fixé le champ d'application de l'obligation de rechercher et d'appliquer la loi étrangère, tant en ce qui concerne la règle de conflit **(§ I)** que la mise en œuvre de la loi étrangère **(§ II)**.

§ I L'obligation d'appliquer la règle de conflit

2407 Les deux arrêts *Société Mutuelles du Mans* et *Belaid* (897) énoncent l'obligation pour le juge d'avoir à soulever d'office l'application de la règle de conflit du *for*, si des droits indisponibles sont en cause ; tandis que cette obligation redevient une simple faculté pour le juge lorsque les droits litigieux concernent des droits disponibles.

Il convient ici de rappeler rapidement que les droits indisponibles sont ceux que l'on ne peut compromettre sur les questions d'état de capacité des personnes, celles relatives au divorce et à la séparation de corps, et plus généralement, toutes les matières qui intéressent l'ordre public (898).

Quant à donner une définition des droits disponibles, la tâche s'avère plus délicate du fait de la césure opérée entre les droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux (899).

Cependant, la doctrine s'accorde à définir les droits disponibles comme étant ceux que le titulaire peut exercer dans toutes ses modalités, y compris les plus extrêmes : l'abdication ou l'aliénation (900).

En matière notariale

Selon un auteur (901), cette distinction entre droits disponibles et droits indisponibles qui fait varier l'office du juge ne peut pas être transposée à l'office du notaire.

Dit autrement, là où le juge peut encore avoir une faculté d'appliquer ou non la règle de conflit en fonction de la catégorie de droits litigieux, le notaire, quant à lui, n'a aucun choix, et se trouve obligé de l'appliquer.

La raison est donnée par un autre auteur : « si la question de droit est soumise à un professionnel du droit (notaire, avocat...), celui-ci a l'obligation d'appliquer la règle de conflit. **Elle fait partie du système juridique que le professionnel du droit doit mettre en œuvre, et il engagerait sa responsabilité pour violation notamment de son devoir de conseil, s'il considérait la relation privée internationale comme une relation purement interne** » (902).

(897) Cass. 1re civ., 26 mai 1999, n° 96-16.361, *Sté Mutuelles du Mans : Bull. civ.* 1999, I, n° 172, p. 113 ; *Rev. crit. DIP* 1999, p. 707, note H. Muir Watt (commentaire des 2 arrêts) ; V. égal. les travaux de la commission 1, *supra* , n° 1440. – Cass. 1re civ., 26 mai 1999, n° 97-16.684, *Belaid : Bull. civ.* 1999, I, n° 174, p. 114 ; *Defrénois* 1999, 1261, obs. J. Massip.

(898) C. civ., art. 2060.

(899) C. Nourissat, *Directive n° 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale : Procédures* nov. 2008, n° 11, étude 9, n° 6.

(900) Y.-M. Serinet, *Les strictes conditions de l'amiable composition judiciaire : JCP* G 20 avr. 1997, n° 18, II, 22835, n° 13. Plus particulièrement pour les droits disponibles en matière internationale : B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, thèse Paris II, préf. Y. Lequette, LGDJ, 1996, t. 272.

(901) P. Callé, *Le notaire, les actes notariés et le droit international privé*, in *Mél. en la mémoire de P. Courbe*, Dalloz, 2012, p. 86.

(902) P. Courbe, *Droit international privé*, Hachette, 2007, n° 88.

Il en résulte que le notaire n'a pas le choix : lorsqu'une situation présente un élément en lien avec un contexte international, il a l'obligation d'interroger la règle de conflit française régissant la catégorie à laquelle la question de droit qui lui soumise est rattachée (903).

Et si, une fois interrogée, la règle de conflit française reconnaît applicable le droit étranger, le notaire doit alors faire application de ce droit substantiel.

§ II L'obligation d'appliquer la loi matérielle étrangère

2408 Après plusieurs revirements intervenus sur une longue période, l'arrêt du 28 juin 2005 semble enfin avoir fixé la question.

Au visa de l'article 3 du Code civil, les hauts magistrats énoncent comme principe qu'il « incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher, soit d'office, soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger » (904).

Cette obligation est importante, car au-delà de l'office du juge, elle s'étend également au notaire, qui « doit connaître la règle de conflit française et lorsque la règle de conflit désigne une loi étrangère, il doit l'indiquer aux parties et en rechercher le contenu lui-même » (905).

Le notaire doit donc rechercher, dans le respect de la règle de conflit, s'il doit faire application dans le dossier dont il est chargé du droit positif matériel étranger, après application de sa propre règle de conflit.

Ce qu'il faut retenir

Peu importe qu'il soit matériel ou conflictuel, le champ du droit soumis à l'examen du notaire officiant dans un contexte international doit faire l'objet par ses soins de vérifications et si besoin de recherches pour connaître le droit étranger applicable à l'occurrence.

Une question se pose : comment le notaire français peut-il accéder au contenu du droit étranger, et quels sont les obstacles qui pourraient empêcher sa mise œuvre ? Les développements qui suivent vont tenter d'y répondre.

Section II Les moyens de preuve de la loi étrangère à la disposition du notaire et les obstacles à son application

2409 Depuis l'arrêt de principe du 28 juin 2005, le notaire a l'obligation de rechercher le contenu de la loi étrangère lorsque celle-ci doit s'appliquer. Dans le cadre de cette obligation, dans

(903) Pour les règles de qualification, rattachement et de conflit, il est renvoyé aux travaux de la commission 1, savoir : pour la qualification, V. *supra*, n° 1019 ; pour le rattachement, V. *supra*, n° 1053 ; pour les conflits de loi, V. *supra*, n° 1090.

(904) Cass. 1re civ., 28 juin 2005, n° 00-15.734 : *Gaz. Pal.* 2006, n° 56, p. 20, note M.-L. Niboyet.

(905) M. Revillard, *op. cit.*, p. 39, n° 28. – P. Callé, *op. cit.*, p. 75. – H. Péroz et E. Fongaro, *Droit international privé patrimonial de la famille*, LexisNexis, 2e éd. 2017, p. 19, n° 29.

un premier paragraphe seront énoncés les moyens à la disposition du notaire pour y arriver **(§ I)**, avant d'aborder, dans un second temps, les obstacles que le notaire peut rencontrer pour appliquer ce droit étranger à son dossier international **(§ II)**.

§1 Les moyens de preuve

2410 Même si le principe réside dans une collaboration active à laquelle peuvent (et doivent) participer les clients dans la recherche du droit qu'ils entendent voir appliquer, le notaire sera bien souvent seul pour procéder aux investigations nécessaires.

Au-delà du fonds documentaire à sa disposition à l'Étude (collections des *JurisClasseurs*, parmi lesquelles les collections *Droit international privé*, *Droit comparé* ; ouvrages monographiques et autres...), le notaire français peut aussi compter sur un puissant soutien des Centres de recherche, d'information et de documentation notariale (Cridon) avec leurs propres fonds de documentation et leurs propres collaborations avec d'autres organismes ou établissements français ou étrangers.

Il pourra également mettre à profit les différents organismes et institutions qui ont été évoqués et analysés dans les travaux de la première commission (906), à l'exception toutefois du réseau judiciaire européen et des services d'information sur le droit étranger prévue par la Convention de Londres du 7 juin 1968 dont l'accès est exclusivement réservé aux services judiciaires (907).

Toutes ces recherches et possibilités ne permettront au notaire que de recueillir l'information. La preuve, quant à elle, se fait par tous moyens (908), notamment par la production d'un certificat de coutume ou d'un avis juridique (*legal opinion*).

A/ Le certificat de coutume

2411 Le certificat de coutume est un document émanant d'un juriste local qui atteste de l'existence d'un droit, en donne son contenu, et peut même en faire une interprétation (909).

Outre le fait que le notaire devra s'assurer que le certificat de coutume dont il demande la production corresponde bien à la loi applicable compétente (910), ce document est considéré comme un élément de fait, puisque sa valeur dépend essentiellement de la compétence du juriste local qui l'établit, d'une part (ce dernier devant avoir « une connaissance approfondie du droit international privé français, ainsi qu'une pratique des principes généraux de divers droits étrangers et de leurs systèmes de droit international privé ») (911) et que sa portée n'équivaut qu'à un simple avis, sans aucun caractère contraignant, ni aucune force probante, d'autre part. De surcroît, il ne lie ni les parties ni les autorités.

(906) Pour ordre, non exhaustif : UINL, V. *supra,* n° 1648 ; CNUE, V. *supra,* n° 1649 ; ANF, V. *supra,* n° 1650 ; jumelages avec les notariats étrangers, V. *supra,* n° 1667 ; RNE, V. *supra,* n° 1677 ; ARERT, V. *supra,* n° 1678 ; ANME, V. *supra,* n° 1679 ; JaFBase, V. *supra,* n° 1685.
(907) H. Péroz et E. Fongaro, *op. cit.*, p. 19, n° 29.
(908) *Ibid.*
(909) H. Péroz et E. Fongaro, *op. cit.*, p. 20, n° 30.
(910) Pour une recommandation de contrôle préliminaire indispensable : V. M. Revillard, *op. cit.*, p. 35, n° 24.
(911) F.-M. Galimidi, *Le certificat de coutume de droit international privé : LPA* 8 juin 1992, n° 69, p. 18, n° 12.

À plusieurs occasions, le Congrès des notaires de France a émis des propositions visant à renforcer la validité du certificat de coutume, en proposant la création au niveau européen d'un règlement qui donnerait les grandes lignes d'un certificat de coutume européen (912).

Le notaire doit donc rester particulièrement vigilant, et s'il juge que les informations qui lui sont données sont insuffisantes ou difficilement accessibles, il lui incombe de vérifier le sérieux du document.

Sa responsabilité pouvant se trouvée engagée dans l'instruction de son dossier, le certificat de coutume n'étant qu'un élément de fait, s'il émet des doutes sérieux sur son contenu, le notaire peut refuser d'instrumenter (913).

C'est précisément pour cette raison qu'en fonction des enjeux du dossier, le notaire préférera au certificat de coutume un document issu d'une pratique essentiellement anglo-saxonne du droit international des sociétés : l'*avis juridique*, autrement appelé *legal opinion*.

B/ La *legal opinion* (avis juridique)

2412 Une *legal opinion* constitue un avis émis par un juriste qui éclaire sur un point de droit particulier, spécifiquement rapporté à l'espèce soumise à examen.

Tandis qu'un certificat de coutume peut être délivré pour indiquer une situation juridique générale, la *legal opinion* est plus qu'une simple consultation juridique.

Ce document, qui n'est défini par aucun texte dans notre système, a fait l'objet d'une étude fouillée par le Cridon de Paris, qui a fait ressortir certaines précautions à respecter pour le notaire qui accepte de le délivrer, au regard du statut du notariat, d'une part, et de la responsabilité attachée à sa rédaction, d'autre part (914).

Il est de principe que le juriste qui est amené à l'établir justifie non seulement de sa qualification à pouvoir le faire, mais encore, justifie, savoir :
- de ses qualifications professionnelles qui relèvent bien d'une fonction qu'il exerce dans un ordre reconnu auquel il appartient ;
- de son ancienneté dans cet ordre, ou dans la spécialité pour laquelle il est sollicité ;
- parfois, de sa production intellectuelle antérieure ayant contribué à acquérir ses compétences (ou sa réputation) ;
- de la souscription d'une assurance couvrant sa responsabilité civile professionnelle, ainsi que le plafond au-dessus duquel il pourrait y avoir exclusion de la couverture.

De ce fait, la *legal opinion* remplit habituellement plusieurs critères (915) :
- elle décrit d'abord, dans une introduction, le contexte dans lequel le juriste est sollicité : dans un exposé préalable, il analyse le contexte qui lui permet de comprendre la question posée ;

(912) 101e Congrès des notaires de France, Nantes, 1er-4 mai 2005, *Les familles sans frontières en Europe, mythe ou réalité ?*, p. 311, no 2032 et p. 614, no 3308 ; enfin, V. la troisième proposition de la 3e commission, intitulée *Pour une réponse structurellement organisée à la difficulté de l'accès aux droits matériels étrangers*, 111e Congrès des notaires, Strasbourg, 10-13 mai 2015, *La sécurité juridique, un défi authentique*, p. 745, no 3636 et la deuxième proposition de la 3e commission, intitulée *Faciliter et sécuriser l'accès au droit comparé*.

(913) Association des notaires des métropoles européennes (ANME), *Guide des procurations en Europe. Convertisseur à l'usage des juristes européens*, LexisNexis, 2012, p. 195, Vo *Certificat de coutume*.

(914) J.-R. André, *Notaire et legal opinion : Bull. Cridon Paris* 1er oct. 2015, no 19, II, 179.

(915) Pour une étude approfondie de l'opinion juridique en général : V. F. Baumgartner, *Avocat - Les opinions juridiques : Procédures* mai 2005, no 5, étude 6.

- dans un deuxième temps, le juriste décrit et analyse les éléments de fait et de droit (étayés par la liste des documents utilisés) sur le fondement desquels il émet son avis juridique (cette partie de l'avis juridique est habituellement dénommée *Assumptions*) ;
- à la suite de cette analyse dans laquelle il décrit les différentes hypothèses de fait et de droit qu'il a retenues, le juriste émet une prise de position, de manière pouvant être plus ferme et détaillée qu'un certificat de coutume (916). La position prise par le rédacteur (appelée *opinion*), est fondée sur des références sérieuses de jurisprudence, textes de loi ou de doctrine qui peuvent être référencées avec précision ;
- la conclusion de cet avis juridique peut être réservée à d'éventuelles réserves tout aussi référencées et détaillées que celles ayant servi à bâtir l'analyse de l'*opinion*. Cette dernière partie constitue les *qualifications* de la *legal opinion*.

Cet avis juridique vaut en quelque sorte attestation de régularité ou certificat de conformité. La *legal opinion* peut se limiter à confirmer que le signataire ou l'intervenant étranger a la pleine capacité ainsi que les pouvoirs pour que l'acte qu'il signe ou auquel il intervient ait sa pleine efficacité et que rien ne s'oppose à son exécution (917).

Après avoir respecté son devoir de recherche du droit étranger, après avoir accédé à son contenu au moyen de véhicules factuels et empiriques éprouvés, le notaire doit effectuer un dernier contrôle : vérifier l'absence d'obstacle pouvant empêcher l'application de la loi étrangère dans son dossier.

§ II Les obstacles à l'application de la loi étrangère

2413 Ces obstacles peuvent être classés en deux catégories : les éléments correctifs, habituellement rencontrés en droit international privé, tels que l'ordre public ou la fraude **(A)**, et un obstacle plus particulièrement attaché à la recherche du droit étranger jusqu'à pouvoir amener à son éviction : l'impossibilité matérielle ou technique de pouvoir y accéder **(B)**.

A/ Les correctifs habituels en droit international privé

2414 Les obstacles traditionnels en droit international privé peuvent se rencontrer bien entendu dans les dossiers. Afin d'illustrer les propos, il sera évoqué successivement l'ordre public **(I)** et la fraude à la loi **(II)**.

I/ L'ordre public

2415 La notion d'ordre public international a beaucoup évolué et poursuit avec le temps son évolution. Pour preuve, la notion de réserve héréditaire et les successions internationales médiatisées telles que les successions *Jarre* et *Colombier* (918).

L'ordre public international fait barrage à l'application d'une loi étrangère qui heurte les principes essentiels de notre droit positif ou de nos règles sociales.

(916) Le certificat de coutume se limite le plus souvent à viser la situation juridique qui lui est présentée dans un contexte plus général d'un ordre juridique donné.
(917) ANME, *op. cit.*, p. 194, V° *Avis juridique*.
(918) E. Fongaro, *Distinction entre ordre public interne et ordre public international au sujet de la réserve héréditaire, Chronique de famille - Droit international privé* ss dir. C. Nourissat : *JCP* N 12 oct. 2018, n° 41, 1313, n° 4.

Typiquement, il y aura lieu d'analyser les difficultés engendrées par la réception en France des droits musulmans (919), comme des notions telles que la polygamie (920), la répudiation (921) ou la *kafala* (922).

C'est dans ces circonstances qu'il appartiendra au notaire de considérer s'il y a lieu ou pas de faire appel à l'ordre public international.

Il devra procéder à l'analyse de la situation, au regard notamment de l'effet atténué pouvant être reconnu à l'ordre public, d'une part, et compte tenu de la proximité avec laquelle peuvent être entretenus les liens entre la loi étrangère et française, d'autre part (923).

II/ La fraude à la loi

2416 Le deuxième correctif à l'application de la loi étrangère réside dans la volonté manifeste des clients de contourner la loi française par la modification volontaire d'un élément de rattachement comme par exemple un changement de nationalité ou de résidence habituelle.

La fraude repose sur deux éléments qui la caractérisent, s'agissant d'un élément matériel (changement de résidence habituelle) combiné à un élément intentionnel (la volonté de déshériter, par exemple) (924).

Rien ne sera plus difficile pour le notaire confronté à un dossier dans lequel les parties entendent frauder que de déceler l'aspect psychologique qui sous-tend les éléments du dossier.

Outre les correctifs traditionnels qui relèvent du droit international privé général, le notaire peut rencontrer une difficulté spécifique à la recherche du contenu du droit étranger l'impossibilité matérielle ou technique d'y accéder.

B/ L'impossibilité d'appliquer la loi

2417 Il peut arriver que la teneur de la loi étrangère soit impossible à connaître, que cette impossibilité soit matérielle **(I)** ou technique **(II)**.

I/ Impossibilité matérielle

2418 L'impossibilité matérielle empêchant le notaire de connaître le contenu d'un droit interne étranger peut résulter par exemple de carences constatées dans le système juridique, rendant de la sorte impossible l'accès à son droit (problèmes géopolitiques, ou structures étatiques insuffisantes ou défaillantes...). En outre, l'impossibilité pour le notaire d'avoir accès au droit étranger peut également résulter de difficultés ou d'un coût excessif qui viendraient y faire obstacle (925).

(919) Pour une évocation du notariat marocain, V. *supra*, n° 2392.
(920) Cass. 1re civ., 24 sept. 2002, n° 00-15.789 : *JCP* G 2003, II, 10007, note J. Sainte-Rose.
(921) Cass. 1re civ., 23 oct. 2013, n° 12-21.344 : *JCP* N 2013, n° 46, 1097.
(922) Cass. 1re civ., 10 oct. 2006, n° 06-15.264 : *Dr. famille* 2007, comm. 96, note Farge.
(923) Pour l'effet atténué à l'ordre public, V. M. Revillard, *op. cit.*, p. 41, n° 31.
(924) Pour des exemples en matière de succession internationale, V. les travaux de la commission 3, *infra*, n° 3410.
(925) P. Meyer et V. Heuzé, *Droit international privé*, LGDJ, 11e éd. 2014, p. 143, n° 190.

Dans la pratique notariale

Si le notaire rencontre une difficulté rendant impossible l'accès au contenu du droit étranger, alors que le client en revendique pourtant l'application, ce sera alors à ce dernier d'en apporter la preuve (926).
À défaut, et à titre subsidiaire, c'est la loi matérielle française qui a vocation à s'appliquer.
En tout état de cause, le notaire devra veiller à conserver au dossier les différentes recherches effectuées par ses soins, surtout si elles se sont avérées infructueuses, afin de pouvoir justifier en tant que de besoin les diligences au regard de cette obligation de recherche d'office.

II/ Impossibilité technique

2419 Il peut arriver que le notaire rencontre des espèces où la mise en œuvre de la loi étrangère est purement impossible, parce qu'elle prévoit l'intervention d'une autorité administrative ou religieuse qui n'existe pas en France, ou dont l'activité est strictement limitée (927).

SOUS-TITRE III

La circulation de l'acte au sein de l'Union européenne

2420 En instaurant un espace de liberté, de sécurité et de justice dont le principe fondateur est issu directement du droit primaire (928), l' Union européenne repose sur un deuxième principe directeur également issu du droit primaire : la reconnaissance mutuelle (929).

Cette reconnaissance mutuelle, consacrée par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, lui est antérieure. La première fois que ce principe de reconnaissance mutuelle apparaît, c'est en effet au temps du « marché unique », dans un grand arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes, l'arrêt *Cassis de Dijon* (930).

Depuis l'instauration du marché unique, puis de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, les règlements européens ont pour objectif de simplifier et faciliter la mobilité des citoyens européens à travers les frontières. Pour y parvenir, la reconnaissance mutuelle, qui s'appliquait au commencement pour les produits manufacturés, a été étendue à tous les domaines, y compris à celui des actes authentiques, facteur de développement très important lié à la libre circulation dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

(926) P. Meyer et V. Heuzé, *op. cit.*, p. 145, n° 192.
(927) Divorces de juifs russes en France au début du XX^e^, pour lesquels l'intervention du rabbin était impossible en France, puisque ce dernier ne pouvait produire aucun effet civil reconnu : P. Meyer et V. Heuzé, *op. cit.*, p. 151, n° 201.
(928) TFUE, art. 67-1 : « 1. L'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres ».
(929) TFUE, art. 67-4 : « 4. L'Union facilite l'accès à la justice, notamment par le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ».
(930) CJCE, 20 févr. 1979, aff. 120-78 : *JO* n°C 256, 3 oct. 1980, p. 0002-0003 : en vertu du principe de libre circulation des marchandises, tout produit légalement fabriqué et commercialisé dans un État membre doit être en principe admis sur le marché de tout autre État membre.

Malgré la diversité des systèmes juridiques, les instruments européens assurent à l'acte authentique, selon la définition européenne qui en est donnée (ainsi qu'il a été dit *supra*, n^os^ 2036 et s.), une prise en considération et une reconnaissance entre les États membres.

Car en effet, l'acte authentique « européen » est un acte qui voyage mais, pour reprendre l'expression de M. Gervasoni, ancien juge au Tribunal de la fonction publique des Communautés européennes, « comme tous les voyageurs, il n'emporte que quelques-uns de ses costumes. Sa valise est moins fournie que la garde-robe qu'il possède chez lui. Il peut même voyager sans effet particulier : si personne n'en conteste la validité à l'étranger, l'efficacité de l'acte authentique est admise sans aucune procédure, comme l'est tout acte sous seing privé à l'étranger. Convenons toutefois qu'un tel art du voyage est pour le moins précaire. C'est pourquoi le droit [européen] a muni l'acte authentique d'un costume de voyage pour ses déplacements au sein de l'Union européenne » (931).

Il est proposé dans ce qui va suivre d'étudier les règlements définissant les modalités de ce voyage européen de l'acte : nous verrons alors qu'ils s'intéressent aux actes authentiques dans la mesure où ils constatent un acte juridique doté de la force exécutoire. À l'exception du règlement (CE) n° 805/2004 du 21 avril 2004 (« Titre exécutoire européen ») qui fera l'objet d'un développement à part (V. *infra*, n° 4261), les autres règlements peuvent être classés selon les matières traitées : du domaine judiciaire, civil et commercial **(Chapitre I)**, au droit patrimonial de la famille **(Chapitre II)**.

CHAPITRE I Règlements Bruxelles I et Bruxelles I *bis*

2421 À titre préliminaire, le règlement Bruxelles I *bis* (932) est entré en application au 10 janvier 2015, abrogeant ainsi le règlement Bruxelles I (933).

Cependant, ce dernier continue à être applicable pour toutes les situations antérieures au 10 janvier 2015.

Compte tenu de cette succession dans l'application de ces deux instruments européens, un droit transitoire a été intégré dans les dispositions de l'article 66 de Bruxelles I *bis*.

Les deux règlements font l'objet des développements qui suivent dans un premier temps. Dans un second temps, seront analysés les règlements traitant du droit patrimonial de la famille et qui régissent la reconnaissance mutuelle des actes authentiques au sein de l'Union.

Section I Règlement Bruxelles I

2422 Même si le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale exclut de son champ d'application les matières les plus importantes du droit

(931) Allocution de M. Gervasoni dans un colloque organisé sur le thème de « La circulation des actes authentiques dans l'espace judiciaire européen », co-organisé par le ministère de la Justice et le Conseil supérieur du notariat, lors de la présidence française de l'Union européenne en décembre 2008.

(932) PE et Cons. UE, règl. n° 1215/2012, 12 déc. 2012, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

(933) Règl. (CE) n° 44/2000, 22 déc. 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

de la famille pour le notariat (934), cet instrument ici est intéressant, dans la mesure où son chapitre IV traite spécifiquement des actes authentiques, et prévoit à l'article 57-1 que ces derniers sont exécutoires dans un autre État membre, dans le respect d'une procédure prévue par les articles 38 et suivants. Cette procédure a pour objectif de simplifier la procédure d'*exequatur* étudiée *infra*, n° 4258.

Par ailleurs, bien qu'il ne donne aucune définition de l'acte authentique, Bruxelles I prévoit cependant que l'acte produit doit réunir les conditions nécessaires à son authenticité dans l'État membre d'origine (935).

Même si cet instrument ne prévoit aucune disposition tendant à la reconnaissance ou l'acceptation de l'acte notarié (936), lorsqu'il est établi dans l'État d'origine, ce dernier est alors rendu exécutoire dans l'État de destination, par la délivrance d'un certificat établi par l'autorité compétente.

L'article 57-4 du règlement prévoit la délivrance d'un certificat dont le formulaire est visé à l'annexe VI du règlement, établi en France par le président de la chambre des notaires (937) au vu d'une expédition de l'acte devant être exécutoire dans l'État de destination (938).

Section II Règlement Bruxelles I *bis*

Le règlement (UE) n° 1215/2912 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale a subrogé Bruxelles I depuis son entrée en application le 10 janvier 2015. **2423**

Depuis cette date, le Danemark, pourtant lié par Bruxelles I, n'est plus lié par Bruxelles I *bis* (939).

Si le champ matériel de Bruxelles I *bis* n'a subi aucune modification par rapport à Bruxelles I, et ne fait toujours aucune distinction quant à la reconnaissance ou l'acceptation de l'acte notarié au sein de l'Union (940), ce règlement donne cependant une définition de l'acte authentique comme étant un « acte dressé ou enregistré formellement en tant qu'acte authentique dans l'État membre d'origine et dont l'authenticité porte sur la signature et le contenu de l'acte et a été établie par une autorité publique ou toute autre autorité habilitée à le faire » (941).

L'acte notarié rendu exécutoire dans l'État de destination doit respecter les modalités fixées sous le chapitre IV, intitulé « Actes authentiques et transactions judiciaires ».

(934) L'article 1er-2, a) exclut de l'application du règlement l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions.
(935) Règl. Bruxelles I, art. 57-3.
(936) P. Callé, *L'acceptation et l'exécution des actes authentiques : JCP* N 12 avr. 2013, n° 15, 1085, p. 52, n° 1.
(937) CPC, art. 509-3 dans sa rédaction antérieure au 26 décembre 2014.
(938) Pour accéder au formulaire qui devait être établi jusqu'au 10 janvier 2015 par le président de la Chambre des notaires, V. le site : e-justice.europa.eu/content_judgments_in_civil_and_commercial_matters_forms-273-fr.do#action, mise à jour du 14 févr. 2018, consulté le 8 déc. 2018.
(939) Règl. Bruxelles I *bis*, consid. 41.
(940) P. Callé, *L'acceptation et l'exécution des actes authentiques : JCP* N 12 avr. 2013, n° 15, 1085, p. 52, n° 1.
(941) Règl. Bruxelles I *bis*, art. 2 c). Cette définition puise son origine dans l'arrêt *Unibank* du 17 juin 1999, étudié *supra*, n° 2036 dans le paragraphe « Définition de l'acte authentique par le droit européen ».

L'article 58 prévoit que les actes authentiques qui sont exécutoires dans l'État membre d'origine sont exécutoires dans les autres États membres, sans qu'une déclaration constatant la force exécutoire soit nécessaire.

En d'autres termes, la reconnaissance mutuelle prévue par le règlement Bruxelles I *bis* (942) facilite grandement l'exécution des actes notariés contenant une obligation ou une créance, par la production d'un certificat, similaire à celui rencontré ci-dessus dans Bruxelles I.

En effet, l'article 60 de Bruxelles I *bis* prévoit la délivrance d'un certificat dont le formulaire figure à l'annexe II dudit règlement.

Par ailleurs, ce certificat est délivré, conformément aux dispositions de l'article 509-3, alinéa 1er du Code de procédure civile, par le président de la Chambre des notaires sur production d'une copie authentique de la minute présentée par le notaire détenteur de la minute.

Ce certificat contient un résumé de l'obligation exécutoire qui sera traduit dans la langue du pays d'exécution (943).

Par l'instauration de cette procédure, l'*exequatur* au sein de l'Union n'est plus obligatoire pour les matières relevant de Bruxelles I *bis*.

Ces modalités, visant à faciliter la circulation au sein de l'Union des actes notariés, ne figurent pas seulement dans les règlements tendant à la reconnaissance et l'exécution des décisions, actes authentiques et transactions judiciaires en matière civile et commerciale des règlements Bruxelles I et Bruxelles I *bis*.

Des dispositions analogues sont intégrées dans les autres instruments ayant pour objet le droit international privé de la famille.

CHAPITRE II Règlements en droit international privé de la famille

2424 L'harmonisation du droit patrimonial européen de la famille qui est en marche aujourd'hui et qu'une partie de la doctrine voit dans les lignes de force des règlements tels que Bruxelles II *bis*, « Successions », et encore « Régimes matrimoniaux » ou « Partenariats enregistrés » (944) retient ici l'attention en ce qu'elle permet à l'acte notarié qui circule au sein de l'Union de suivre des modalités uniformes aux États membres.

(942) S'agissant des actes authentiques, le considérant 37 du règlement prévoit expressément que « pour garantir la tenue à jour des certificats à utiliser dans le cadre de la reconnaissance ou de l'exécution des décisions, des actes authentiques et des transactions judiciaires au titre du présent règlement (...) » : c'est dire la difficulté d'ordre terminologique constatée, lorsque la notion d'acceptation caractérise la réception des actes authentiques bien distingués dans d'autres règlements des décisions de justice. En effet, ces dernières devraient être les seules à être reconnues, tandis que les actes authentiques devraient seulement être acceptés, ainsi qu'il a été développé *supra*, n° 2379.

(943) Si les autorités chargées de l'exécution le demandent : P. Callé, *Acte notarié établi en France : JCl. Notarial Formulaire*, V° *Acte notarié*, fasc. 300, p. 9, n° 57.

(944) V. l'ouvrage collectif ss coord. E. Fongaro, *Droit patrimonial européen de la famille*, LexisNexis, coll. « Actualité », et spéc. l'apport du droit conflictuel à cette harmonisation, p. 3, nos 6 et s. ; V. aussi l'apport du droit matériel, p. 7, nos 16 et s.

Les modalités ressortant de Bruxelles II *bis* seront dans un premier temps détaillées **(Section I)**, puis celles intégrées dans le règlement « Successions » **(Section II)**, avant d'aborder les modalités de circulation des actes notariés en matière de régimes matrimoniaux et partenariats enregistrés **(Section III)**.

Section I Règlement Bruxelles II *bis*

2425 Le règlement (CE) nº 2201/2003 du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale est entré en application le 1er mars 2005. Il s'applique à l'ensemble des États membres à l'exception du Danemark, ainsi qu'il a déjà été indiqué pour Bruxelles I *bis* plus haut (V. *supra*, nº 2423).

Bien que le champ matériel de Bruxelles II *bis* semble principalement concerner les décisions de justice, ce qui paraît assez éloigné de l'activité du notaire, ce dernier pourrait toutefois, en matière de responsabilité parentale, recevoir dans un acte notarié un accord sur la garde de l'enfant qui pourrait bénéficier des modalités d'exécution (945).

En principe l'acte notarié français portant sur un domaine relevant de la responsabilité parentale que l'activité notariale permet de pratiquer est exécutoire en France, et doit par conséquent pouvoir être mis en exécution dans un autre État membre après avoir été déclaré exécutoire sur requête de toute partie intéressée (946).

La requête en déclaration de constatation de la force exécutoire est présentée à la juridiction compétente, en vertu de l'article 29.

La partie qui dépose cette requête sollicite du notaire instrumentaire une expédition de la minute (expédition qui doit réunir « les conditions nécessaires à son authenticité ») (947) et un certificat établi selon un formulaire dont le modèle figure à l'annexe II (pour les décisions en matière de responsabilité parentale) (948).

Selon l'article 39 du règlement, l'autorité habilitée à délivrer ce certificat est « la juridiction ou l'autorité compétente de l'État membre d'origine ».

En vertu de l'article 509-1, alinéa 1er du Code de procédure civile, l'autorité compétente est le greffier en chef de la juridiction qui a rendu la décision ou homologué la convention. Selon un auteur, transposée à l'acte notarié, la compétence « devrait être logiquement dévolue au greffier en chef de la juridiction dans le ressort duquel officie le notaire rédacteur de l'acte » (949).

(945) P. Callé, *Acte notarié établi en France : JCl. Notarial Formulaire*, Vº *Acte notarié*, fasc. 300, p. 10, nº 65. Cet auteur précise cependant que si un accord sur la garde est possible par acte notarié et relève bien de Bruxelles II *bis*, il n'en est pas de même en matière de pension alimentaire, dont la matière relève de Bruxelles I *bis*.

(946) Règl. Bruxelles II *bis*, art. 28, qui vise les décisions rendues sur l'exercice de la responsabilité parentale à l'égard d'un enfant signifiées ou notifiées.

(947) Règl. Bruxelles II *bis*, art. 37-a).

(948) Les modèles de formulaires figurant à l'annexe I (pour les décisions en matière matrimoniale) ne peuvent concerner le notariat qui n'a aucun pouvoir pour constater la dissolution du lien matrimonial, même dans le cadre de la récente procédure de divorce déjudiciarisée. En effet, dans celle-ci le rôle du notaire se limite exclusivement à déposer au rang de ses minutes la convention contresignée par avocat.

(949) P. Callé, *op. cit.*, fasc. 300, p. 10, nº 68.

Section II Règlement « Successions »

2426 Le règlement (UE) 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 prévoit un régime encore différent de ceux déjà évoqués dans Bruxelles I, Bruxelles I *bis* et Bruxelles II *bis* : alors que ces trois règlements envisagent une procédure de simplification tendant à recevoir l'exécution de l'acte dans l'État de destination, y compris en cas de recours ou de contestation, le règlement « Successions » érige à nouveau en principe la procédure d'*exequatur* lorsque la déclaration constatant la force exécutoire est contestée.

Le principe dégagé par le règlement « Successions » est en effet le suivant :

L'article 60 du règlement prévoit qu'un « acte authentique qui est exécutoire dans l'État membre d'origine est déclaré exécutoire dans un autre État membre, à la demande de toute partie intéressée, conformément à la procédure prévue aux articles 45 à 58 ».

En d'autres termes, en vertu de l'article 509-3, alinéa 2 du Code de procédure civile, issu du décret du 28 décembre 2016, le notaire qui conserve la minute délivre avec la copie authentique, à la partie qui le requiert, l'attestation selon le formulaire II de l'annexe II du règlement d'exécution (UE) nº 1329/2014 de la Commission du 9 décembre 2014, établie en vue de l'acceptation et de l'exécution à l'étranger de l'acte authentique qu'il a reçu (950).

Une fois munie de la copie authentique et de l'attestation, la partie diligente pourra alors solliciter de l'autorité compétente de l'État de destination la déclaration constatant la force exécutoire de l'acte notarié établi dans l'État d'origine.

Il est toutefois à noter que contrairement au règlement Bruxelles I *bis*, un auteur relève que l' *exequatur* en cas de recours contre l'attestation de l'annexe II du règlement d'exécution redevient la norme obligatoire pour obtenir l'exécution de l'acte notarié, et remarque « qu'il n'y a aucune raison que la procédure ne soit pas la même selon que l'acte authentique porte sur telle ou telle matière. Soit la procédure d'*exequatur* est nécessaire, et il ne fallait pas la supprimer dans Bruxelles I [puis Bruxelles I *bis*]. Soit elle est inutile, et il n'y a aucune raison de la maintenir dans le règlement Successions. Le principe de confiance, sur lequel repose la suppression de l'*exequatur*, serait-il moins fort en matière successorale que dans les autres matières de droit privé ? » (951).

(950) En vertu du premier alinéa de l'article 509-3 du Code de procédure civile, lorsque l'acte authentique notarié provient de l'étranger, c'est le président de la Chambre des notaires qui continue à délivrer le certificat aux fins de reconnaissance ou de constatation de la force exécutoire visé à l'article 46 du règlement « Successions ».

(951) P. Callé, *L'acceptation et l'exécution des actes authentiques : JCP* N 12 avr. 2013, nº 15, 1085, p. 53, nº 4.

Section III Règlements « Régimes matrimoniaux » et « Partenariats enregistrés »

Les règlements jumeaux (952) (respectivement Règl. [UE] nº 2016/1103 du Conseil, 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 [Règl. « Régimes matrimoniaux » – RM –] et Règl. [UE] nº 2016/1104 du Conseil, 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 d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés [Règl. « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » – EPPE]) sont entrés simultanément en application le 29 janvier 2019 entre les États membres qui ont décidé de participer à cette coopération (953). **2427**

Ces règlements ont été adoptés dans le cadre d'une coopération renforcée entre certains États, procédure dont l'objet est de permettre aux États membres qui le souhaitent d'adopter un instrument d'unification des règles de conflit de lois et de conflit de juridictions dans un domaine déterminé (954). Cette procédure a déjà été une première fois mise en œuvre par l'adoption du règlement Rome III (V. *infra*, nº 3297).

Les articles 58 de ces deux instruments identiques prévoient les modalités permettant l'acceptation des actes authentiques entre les États membres participant à cette coopération renforcée (955).

L'article 58-1 de ce « paquet patrimoine du couple » (956) prévoit qu'« un acte authentique établi dans un État membre a la même force probante dans un autre État membre que dans l'État membre d'origine ou y produit les effets les plus comparables, pour autant que cela ne soit pas manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre concerné ».

Ce paragraphe premier de l'article 58 vise uniquement la force probante particulière attachée à l'acte authentique, ce qui laisse à penser que la circulation de l'acte dans le cadre de ces règlements concerne plus l'effet probatoire de l'acte que son contenu (c'est-à-dire « la situation juridique qu'il abrite ») (957).

Cette force probante renforcée de l'acte authentique permet à celui-ci de traverser les frontières entre les États coopérants sans craindre d'atténuation (958) sauf difficultés résultant d'un recours ou d'une contestation pour atteinte à l'ordre public.

(952) Ce qualificatif est emprunté à M. Farge dans son commentaire dans l'ouvrage collectif : *Le droit européen des régimes patrimoniaux des couples. Commentaire des règlements 2016/1103 et 2016/1104*, ss dir. S. Corneloup, V. Égéa, E. Gallant et F. Jault-Seseke, éd. Société de législation comparée, coll. « Trans Europe Experts », vol. 13, 2018, p. 411, nº 2.

(953) Le nombre d'États membres peut évoluer en fonction des intérêts et des déclarations d'adhésion pouvant être accomplies par les États non adhérents, conformément aux dispositions de l'article 328, § 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), sous réserve de respecter les conditions énoncées dans la décision d'autorisation (UE) nº 2016/954 du Conseil du 9 juin 2016 (Règl. « Régimes matrimoniaux », consid. 13 et Règl. « EPPE », consid. 13).

(954) C. Nourissat et M. Revillard, *Règlements européens du 26 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés : Defrénois* 15 sept. 2016, nº 17, p. 879, nº 3.

(955) Concernant la terminologie employée entre reconnaissance des jugements et acceptation des actes authentiques, V. *supra*, nº 2379.

(956) Expression utilisée par C. Nourissat et M. Revillard, art. préc., p. 878, nº 1.

(957) M. Farge, art. préc., p. 419, nº 21.

(958) Concernant les effets de la force probante de l'acte authentique déjà étudiés plus haut, V. *supra*, nºs 2017 et s.

Concernant l'exception d'ordre public pouvant neutraliser l'effet probatoire renforcé de l'acte authentique, des décisions récentes de la Cour de Justice ont permis au juge européen de restreindre encore un peu plus la recevabilité d'une action reposant sur la base de l'exception d'ordre public soulevé dans l'État de destination (959).

L'interprétation restrictive renforce ainsi l'effet probatoire de l'acte transfrontière lorsqu'il répond à toutes les conditions de solennité requises pour être authentique.

Les juges ont pu en effet considérer qu'« en ce qui concerne la notion d'"ordre public" (...) que cette disposition doit recevoir une interprétation stricte en ce qu'elle constitue un obstacle à la réalisation de l'un des objectifs fondamentaux et qui ne doit jouer que dans des cas exceptionnels. Si les États membres restent, en principe, libres de déterminer, conformément à leurs conceptions nationales, les exigences de leur ordre public, (...) il lui incombe [à la Cour] néanmoins de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un État membre peut avoir recours à cette notion pour ne pas reconnaître une décision émanant d'un autre État membre » (960).

L'effet probatoire déjà renforcé de l'acte authentique est pleinement reconnu par le juge européen qui exige des conditions strictes pour accepter que l'ordre public au sein de l'Union soit invoqué par l'État membre requis.

Ce récent soutien de la Cour témoigne à l'acte authentique une force transfrontière qui lui permet, par ce soutien des juges, d'assurer avec encore plus de sécurité et de faciliter son exécution au sein de l'Union européenne.

(959) CJUE, 1re ch., 25 mai 2016, aff. C-559/14, *Meroni*. – CJUE, 2e ch., 7 juill. 2016, aff. C-70/15, *Lebek*.
(960) Arrêt *Meroni* préc., pts 38, 39 et 40.

TROISIÈME PARTIE

La fiscalité internationale

TITRE I

Principes généraux

CHAPITRE I La territorialité

Section I Principe d'imposition

2428 La France connaît un système mixte : les résidents français sont imposés de manière illimitée, c'est-à-dire que l'assiette de leur imposition est composée de tous les revenus mondiaux qu'ils perçoivent (approche mondiale) (961), alors que les non-résidents sont soumis à une obligation fiscale limitée, c'est-à-dire que l'assiette de leur imposition se limite aux revenus perçus en France (approche territoriale).

Ce sont les notions de domicile fiscal ou de source de revenus qui permettent de définir le champ d'application de l'impôt sur le revenu. Depuis 1976 (962), on ne fait plus référence qu'à ces deux notions : celles de « résidence habituelle » et de nationalité ont été abandonnées.

§ I L'obligation fiscale illimitée pour les résidents

2429 Les personnes physiques qui ont leur domicile en France sont imposables sur leurs revenus mondiaux, dans les conditions de droit commun (sous réserve naturellement des conventions fiscales). Elles sont imposables même si les revenus ont déjà supporté un impôt à l'étranger (963).

Rappelons que la nationalité des contribuables est déconnectée de l'imposition et à ce titre tous les étrangers qui sont imposables en France bénéficient des avantages familiaux tel que le quotient familial (964).

La déductibilité des pensions alimentaires versées à un créancier non-résident est admise, même si celle-ci est due en vertu d'une loi étrangère (965).

Les gains réalisés à l'étranger sont imposables en France sans qu'il soit nécessaire de les rapatrier (966). Il faut noter qu'en matière de fiscalité internationale, il est assez général que

(961) CGI, art. 4 A : « 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 ». Une exception est toutefois prévue en faveur des salariés détachés à l'étranger par leur entreprise et qui ont conservé leur foyer en France (CGI, art. 81 A et 197 C et BOI-IR-RSA-GEO-10).

(962) Réforme réalisée par la loi n° 76-1234 du 29 décembre 1976, commentée par l'administration au BOI-IR-CHAMP-10.

(963) CE, 8 oct. 2010, n° 323046, *Sabatier*.

(964) BOI-IR-LIQ-10-10-10-40, n° 10.

(965) BOI-IR-BASE-20-30-20-10, n° 50.

(966) CE, 21 mars 1960, n° 43229, citée au BOI-IR-CHAMP-10, n° 20.

l'État du domicile impose le revenu non rapatrié (exception : le Royaume-Uni avec la pratique de la *remittance basis*) (967).

Pour définir le montant des revenus étrangers imposables en France, en application de l'article 158 du Code général des impôts, on utilise les mêmes techniques que pour les revenus de source française : le revenu imposable est déterminé conformément aux règles françaises.

En l'absence d'une convention fiscale évitant la double imposition, il est admis, afin de limiter la double imposition, que les impôts payés hors de France sur les revenus acquis à l'étranger puissent être déduits de la base imposable en France (968).

– Allègements ou exemptions. – Il existe plusieurs cas d'allègement des impositions des revenus de source étrangère : les agents de l'État en service à l'étranger (969), les agents diplomatiques et consulaires de nationalité étrangère exerçant leur activité en France (970), les contribuables détachés à l'étranger (971) (expatriés), les contribuables exerçant temporairement une activité professionnelle à l'étranger (972).

§ II Les non-résidents français : l'obligation fiscale limitée

2430 Les non-résidents, quant à eux, sont les personnes qui ne sont pas domiciliées en France en vertu des règles de l'article 4 B du Code général des impôts (V. *infra*, n° 2445) et celles qui habitent en France, mais qui, en vertu de l'application d'une convention fiscale internationale, perdent la qualité de résident au sens du droit interne.

Ces personnes sont imposables uniquement au titre des revenus de source française, limitativement énumérés par la loi (973).

Ils étaient également imposables avant 2015 sur une assiette égale à trois fois la valeur locative des habitations dont ils disposaient en France (974).

Il faut noter qu'en présence d'un non-résident, le domicile fiscal se définit à l'échelon de la personne, c'est-à-dire que deux conjoints qui sont non imposables séparément peuvent être domiciliés pour l'un en France et pour l'autre à l'étranger (975).

(967) Le régime fiscal britannique de la *remittance basis* n'a pas pour objet d'exonérer définitivement de l'impôt sur le revenu britannique les revenus de source non britannique, mais permet simplement de ne comprendre ces revenus dans les bases de cet impôt qu'au moment de leur rapatriement ou de leur utilisation au Royaume-Uni. Cette possibilité n'est offerte qu'aux personnes résidentes qui sont *not domiciled* au Royaume-Uni. Les autres résidents britanniques sont soumis à la règle de la mondialité de l'impôt. Ils sont taxés sur l'ensemble de leurs gains et revenus au moment de leur réalisation, que ceux-ci soient de source britannique ou étrangère. Ils ont une obligation fiscale illimitée.

(968) B. Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales*, Francis Lefevre, 11e éd. 2016, n° 1930.

(969) CGI, art. 4 B, 2.

(970) CGI, art. 5, 3.

(971) CGI, art. 81 A et 197 C.

(972) CGI, art. 81 D et 197 C.

(973) Et sous réserve que la convention fiscale applicable n'ait pas retiré à la France le droit d'imposer le revenu qui pourrait être de source française au sens du droit interne.

(974) CGI, ancien art. 164.

(975) Pour le couple marié en communauté : imposition commune, mais celui qui est en France est assujetti à l'impôt sur son revenu mondial et l'autre sur son revenu de source française. Observation étant ici faite que les revenus de source étrangère du non-résident ne sont pas pris en compte pour le calcul du taux effectif. Pour le couple marié en séparation de biens : imposition séparée s'ils ne vivent pas sous le même toit. Attention : en présence d'un époux résident et de l'autre domicilié à l'étranger, le fait de ne pas vivre sous le même toit est parfois insuffisant, principalement en l'absence de convention fiscale et si le non-résident est considéré comme résident fiscal en France au sens de l'article 4 B du Code général des impôts.

On devra s'interroger sur la possibilité d'une imposition commune ou séparée. L'article 6-4 du Code général des impôts définit les cas d'impositions distinctes pour les époux séparés de biens et ne vivant pas sous le même toit (976).

Un régime matrimonial étranger peut être considéré comme emportant séparation de biens au sens de cet article (tel est le cas du régime de droit commun marocain (977) ou du régime de la séparation de biens choisi par des époux mariés en Italie).

En cas d'impositions distinctes, les formulaires de la Direction générale des impôts mentionnent la qualité erronée de « divorcé » afin de liquider les impôts ; il ne faudra pas être surpris (978).

Section II Qu'est-ce que le territoire de la France au sens du droit fiscal ?

2431 Pour l'application de l'impôt sur le revenu, la France s'entend, du point de vue territorial :
- de la France continentale, des îles du littoral et de la Corse ;
- des départements d'outre-mer (Guadeloupe, Guyane, Martinique, La Réunion et Mayotte) sous réserve de certaines particularités concernant principalement le calcul de l'impôt (979) ;
- en revanche, elle n'inclut pas les collectivités d'outre-mer de la République française, régies par l'article 74 de la Constitution du 4 octobre 1958 (Polynésie française, Terres australes et antarctiques françaises, Wallis-et-Futuna, Saint-Pierre-et-Miquelon et, sous réserve des dispositions particulières prévues par les articles LO 6214-4 et LO 6314-4 du Code général des collectivités territoriales qui prévoient une durée minimale de résidence de cinq ans, Saint-Barthélemy et Saint-Martin) ou par l'article 76 de la Constitution du 4 octobre 1958, ni la Nouvelle-Calédonie régie par l'article 77 de la Constitution du 4 octobre 1958, qui disposent d'une compétence propre en matière fiscale. Dans ces conditions, les dispositions applicables à la France métropolitaine et aux départements d'outre-mer ne s'étendent pas aux collectivités d'outre-mer (980).
  Observation étant ici faite que les collectivités d'outre-mer qui ne font pas partie de la France, au sens fiscal, peuvent être liés à la « France » par des accords fiscaux (conventions fiscales ou accords fiscaux particuliers) (981).

Section III Comment définir un revenu de source française au sens du droit interne ?

2432 Il existe deux types de revenus de source française : ceux définis à l'article 164 B, I du Code général des impôts comme provenant de biens, de droits ou de l'activité génératrice de revenus, si ces biens, droits et activités sont localisés en France **(§ I)**, et ceux définis à

(976) BOI-IR-CHAMP-20-20-10, n° 30.
(977) CAA Versailles, 3e ch., 11 oct. 2011, n° 10VE01820, *Alaoui : RJF* 12/2010, n° 1133.
(978) Rép. min. Cambadélis n° 74623 : *JOAN* Q 4 août 2015, p. 5999.
(979) BOI-IR-LIQ-20-30-10.
(980) BOI-CHAMP-50
(981) Pour exemple, convention fiscale avec la Nouvelle-Calédonie ou Saint-Pierre-et-Miquelon.

l'article 164 B, II du même code comme étant des revenus versés par un débiteur domicilié ou établi en France **(§ II)**.

§ I Les revenus de l'article 164 B, I du Code général des impôts

2433 Ce sont les revenus provenant de biens, de droits ou d'activités localisés en France.

Ils comprennent les revenus locatifs immobiliers provenant d'immeubles situés en France (notamment les revenus de droits réels immobiliers ou de droits indivis, actions ou parts de sociétés immobilières), mais également les plus-values immobilières.

Ils comprennent également les produits distribués au titre de valeurs mobilières françaises (notamment actions et obligations), sans tenir compte du lieu de dépôt des titres. Par exemple, les dividendes distribués d'une action de la société Air Liquide (société française) détenue dans un portefeuille situé en Espagne (hors de France) constituent un revenu de source française. Ce principe est applicable à l'inverse pour les titres étrangers déposés en France (982).

Les revenus des exploitations situés en France sont de source française, même pour les ventes réalisées à l'exportation ou par l'intermédiaire de commissionnaires.

En ce qui concerne l'autoentrepreneur, ce régime peut bénéficier aux non-résidents qui respectent les conditions d'exigibilité, et dans ce cas, les revenus imposables en France sont uniquement ceux de source française (983).

Les plus-values mobilières et les revenus correspondant à des prestations artistiques ou sportives fournies en France sont également des revenus de source française.

§ II Les revenus de l'article 164 B, II du Code général des impôts

2434 Il s'agit des revenus versés par un débiteur ayant son domicile fiscal (ou étant établi) en France.

Tel peut être le cas des pensions et rentes viagères (984).

Les recettes provenant de la propriété industrielle et les prestations de toute nature fournies ou utilisées en France sont également des revenus de source française.

Section IV L'imposition des revenus des non-résidents

2435 Les revenus des non-résidents sont imposables le plus souvent et par simplicité sous la forme d'une retenue à la source, avec parfois un caractère libératoire, c'est-à-dire que le prélèvement est une imposition définitive.

Techniquement, certains revenus sont à inclure dans l'assiette imposable **(§ I)**, alors que d'autres ne le sont pas **(§ II)** : le calcul de l'impôt est alors réalisé selon les règles de droit

(982) BOI-IR-DOMIC-10-10, n° 30.
(983) BOI-BIC-DECLA-10-40-10, n° 30.
(984) CGI, art. 164 B, II-a.

commun applicables en droit interne avec toutefois un taux minimum de 20 % **jusqu'à 27 519 € et 30 % au-delà** (985)**(§ III)**.

§ I Les revenus à inclure dans l'assiette de l'impôt sur le revenu

2436 Il s'agit principalement des revenus fonciers français et de ceux de type « Bénéfices agricoles » / « Bénéfices industriels et commerciaux » / « Bénéfices non commerciaux » provenant d'une entreprise située en France.

Le non-résident détermine son revenu net selon les règles françaises internes.

En revanche, le mode de calcul de l'impôt est différent : il ne peut pas bénéficier de l'abattement de 4 600 € ou 9 200 € pour les assurances vie ou assimilés (986), et les charges du revenu global (987) ne sont pas déductibles.

Exemples de charges non déductibles

Plusieurs cas peuvent être cités en exemple :
- la non-déductibilité de ses revenus de source française de la pension alimentaire versée par un non-résident à son ex-épouse résidant en France ;
- la pension alimentaire versée aux enfants ;
- l'impossibilité de bénéficier de réductions et crédits d'impôts tels que les régimes fiscaux immobiliers (du type Pinel ou Censi-Bouvard) (988).

Certaines personnes sont traitées comme des résidents en matière d'imposition des revenus. On les appelle **les non-résidents « Schumacker »** : ils sont considérés comme des personnes fiscalement domiciliées en France, mais sont toutefois tenus à des obligations fiscales limitées au sens des conventions fiscales. Ce traitement est optionnel et se justifie par une situation de fait dans laquelle la totalité ou la quasi-totalité de leurs revenus est de source française (989).

§ II Les revenus à ne pas inclure dans l'assiette imposable

2437 Les revenus concernés sont ceux qui sont exonérés et ceux qui ont été soumis à une retenue à la source ou à un prélèvement libératoire.

Les revenus exonérés sont, par exemple, certaines plus-values de cessions de valeurs mobilières (990).

Les revenus soumis à une retenue ou un prélèvement libératoire sont notamment les dividendes (991), les plus-values immobilières non habituelles, les plus-values de cessions

(985) L. fin. 2019, art. 13.
(986) BOI-RPPM-RCM 20-10-20-50, n° 240.
(987) Pour l'administration fiscale, *idem* pour les réductions et crédits d'impôt.
(988) La doctrine administrative autorise par dérogation le bénéfice des réductions d'impôts aux non-résidents dits « Schumacker » et aux agents de l'État en service à l'étranger (BOI-IR-RICI-230-10-10, n° 20 ; BOI-IR-RICI-360-10, n° 1).
(989) BOI-IR-DOMIC-40.
(990) Spécialement celles visées par l'article 244 *bis* du Code général des impôts.
(991) Retenue à la source de 21 % ou de 30 % et 75 % si l'on est en présence d'un État non coopératif.

de certains droits sociaux (992), et les salaires dans la limite de calcul de la retenue à la source au taux de 12 % (993). Ces prélèvements sont libératoires et définitifs.

§ III Comment se calcule l'impôt du non-résident ?

2438 Le non-résident doit déclarer ses revenus de source française selon les mêmes règles que les résidents. On applique le barème de droit commun et du quotient familial (994). En cas de polygamie, la déclaration doit être faite au nom du mari et de la première épouse (995).

Il existe toutefois un particularisme : les non-résidents supportent **un taux moyen de l'impôt qui ne peut être inférieur à 30 %** (996).

Celui-ci a été fixé pour compenser la progressivité de l'impôt et du fait que les revenus de source étrangère ne sont pas à déclarer en France. Ce taux s'applique dès que le taux moyen réel d'imposition devrait être inférieur à ce seuil (997). Il existe toutefois une exception pour les contribuables bénéficiant de faibles revenus (998).

Pour les salaires, traitements, pensions et rentes viagères, il existe un mécanisme de **retenue à la source** (999) qui ne s'applique que sous réserve des conventions fiscales internationales (en effet, la convention peut retirer à la France le droit d'imposer). La retenue aura pour assiette le montant net des sommes versées. Le montant de la retenue à la source est défini selon **un taux variant de 12 % et 20 %**, calculé selon des tranches fixées par arrêté ministériel variant chaque année. Cette retenue aura un caractère libératoire limité (1000) pour certains contribuables ; pour les autres il y aura lieu de satisfaire aux obligations déclaratives d'usage et de payer le complément éventuel d'imposition.

Il existe un autre mécanisme de retenue à la source **au taux de 33,1/3 %** pour certains revenus non salariaux (1001), dont les produits versés aux inventeurs, les droits d'auteur et les salaires pour les prestations sportives fournies ou utilisées en France.

L'assiette de cette retenue est le montant brut des sommes payées. Elle n'a pas de caractère libératoire. Par conséquent, le contribuable bénéficiera de l'imputation de la retenue sur le montant de son impôt sur le revenu qui sera calculé en application tant du barème, du quotient familial que du taux minimum de 20 % (1002).

La déclaration et l'impôt sur le revenu seront gérés par le service des impôts des particuliers non résidents situé à Noisy-le-Grand.

(992) Retenue à la source forfaitaire de 45 % en cas de cession des droits détenus directement ou indirectement dans une société soumise à l'IS et ayant son siège en France, si la détention des titres par le cédant a été supérieure à 25 % à un moment quelconque au cours des cinq dernières années.
(993) Les revenus excédentaires à ce plafond doivent être inclus dans l'assiette de calcul de l'impôt sur le revenu.
(994) Les enfants et le conjoint sont pris en considération pour le calcul du quotient familial, même s'ils résident hors de France et même si leurs revenus de source étrangère ne sont pas imposables en France.
(995) Les autres épouses font chacune une déclaration personnelle et sont fiscalement considérées comme étant célibataires pour l'application des règles du quotient familial (BOI-IR-CHAMP-20-10, n° 25).
(996) Ce taux moyen n'est plus que de 14,4 % pour les départements et régions d'outre-mer.
(997) BOI-IR-DOMIC-10-20-10, n° 360.
(998) Ces contribuables peuvent demander à bénéficier du taux théorique de l'impôt français (calculé sur les revenus de source française et étrangère) en justifiant qu'il est inférieur au taux maximum. Pour un exemple de calcul : B. Gouthière, *op. cit.*, p. 103).
(999) CGI, art. 182 A.
(1000) À condition que le revenu soit inférieur à la limite applicable du taux de 30 % et que le contribuable n'ait pas d'autres revenus l'obligeant à remplir une régularisation par voie de rôle.
(1001) CGI, art. 182 B ; BOI-IR-DOMIC-10-20-50, n° 10.
(1002) Il s'agit dans les faits d'un acompte déductible.

CHAPITRE II La résidence en droit fiscal

2439 La détermination de la résidence d'un contribuable, tant d'une personne physique que d'une personne morale, doit être posée préalablement à toute analyse d'une situation fiscale.

À défaut, on risque de commettre des erreurs d'analyse et de perdre un temps précieux.

Depuis 1976 (1003), on ne fait plus référence qu'aux notions de domicile fiscal et de source du revenu ; celles de résidence « habituelle » et de nationalité ont été abandonnées.

Pour les civilistes que sont principalement les notaires, il faut en préambule rappeler et distinguer la notion de résidence selon le droit civil et selon le droit fiscal et ainsi identifier et cerner avec précision le sujet. En effet, trop de clients « mélangent » le civil avec le fiscal.

Il arrive fréquemment qu'ils partent d'une définition de domicile applicable au civil pour appliquer les règles de droit fiscal ou l'inverse (ces deux matières sont étanches). On ne doit pas considérer que le domicile est le lieu que le contribuable indique spontanément comme étant sa résidence effective et habituelle.

D'autre part, il faut avoir en mémoire qu'une personne peut être amenée à déclarer des revenus et donc à payer des impôts dans plusieurs pays ; elle ne sera pas pour autant considérée comme résident dans chacun de ces pays. Le fait de payer de l'impôt dans un pays ne prouve aucunement qu'on y soit fiscalement résident.

La notion de résidence fiscale est au cœur des problématiques de transfert de domicile à l'étranger et, présentant des contours incertains, elle est à l'origine de nombreux contentieux avec l'administration fiscale.

Il convient par conséquent d'insister sur ces points et rappeler **(Section I)** les notions de résidence existant tant en civil qu'en fiscal ; elles seront répertoriées en indiquant celles qu'il faudra exclure et celles qui seront concernées par la présente matière. Puis on développera la notion de résident fiscale en droit interne **(Section II)** et en droit conventionnel **(Section III)**.

Section I La pénible difficulté consistant à distinguer la notion de résidence en droit fiscal : les notions à exclure

2440 Pour les questions de droit fiscal, c'est-à-dire d'imposition, il faudra considérer que les notions de « domicile civil » défini à l'article 102 du Code civil **(§ I)**, ou de « domicile ordinaire » **(§ II)** et également celle de la résidence habituelle, telle que déterminée au règlement « Successions » **(§ III)** ne doivent pas être confondues avec celles applicables en matière fiscale.

(1003) Réforme réalisée par la loi n° 76-1234 du 29 décembre 1976, commentée par l'administration au BOI-IR-CHAMP-10.

§ 1 Le domicile civil (C. civ., art. 102) non applicable en matière fiscale

Civilement, la **résidence** est définie comme le lieu où se trouve en fait la personne. Ce peut être une résidence secondaire, un hôtel, un logement provisoire pour des besoins professionnels. **2441**

Le domicile est le lieu où la personne se situe en droit. Juridiquement, le lieu du domicile est unique : c'est là qu'une personne a le centre de ses intérêts, de ses affaires, de ses relations.

Pour toute personne physique, il y a toujours à l'origine un domicile légal : celui de ses parents pour les mineurs, puis à sa majorité ou à son émancipation, l'individu peut se choisir un domicile, qui sera dit « domicile volontaire », lequel pourra d'ailleurs être le domicile légal d'origine si l'intéressé y fixe son principal établissement.

Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu de son principal établissement (1004). Il s'agit d'une notion juridique, essentiellement abstraite, permettant aux tiers de localiser une personne et de la rattacher au ressort d'une autorité ou d'une juridiction.

Le domicile général évoqué par l'article 102 du Code civil coexiste parfois avec des domiciles de nature particulière. Ainsi en est-il du domicile spécial, du domicile élu ou encore du domicile légal (1005).

On comprend l'intérêt de définir un domicile en droit civil :
- ce dernier sera pour l'huissier de justice l'endroit où il sera tenu de signifier un acte ;
- ce sera le lieu d'ouverture d'une succession (à l'exception des successions internationales) (1006) ;
- le lieu d'ouverture de la tutelle est déterminé par le domicile du mineur ou de l'incapable majeur ;
- il sert, d'autre part, à déterminer le tribunal territorialement compétent en cas de litige, et il fixe le lieu d'exercice de certains droits, que ce soit en matière civile, commerciale ou administrative (en droit administratif, la notion de domicile permet par exemple le rattachement d'une personne à une circonscription électorale).

(1004) C. civ., art. 102 : « Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement. Le lieu d'exercice des droits civils d'une personne sans domicile stable est celui où elle a fait élection de domicile dans les conditions prévues à l'article L. 264-1 du Code de l'action sociale et des familles ».

(1005) Il existe d'assez nombreux domiciles spéciaux qui se distinguent du domicile ordinaire par le fait qu'ils ne concernent que des situations particulières ou des actes juridiques déterminés.
Ils ne doivent pas être étendus au-delà de l'objet pour lequel ils ont été créés, et de ce fait ils n'acquièrent pas le caractère de généralité qui ferait obstacle à celui affirmé d'unité du domicile ordinaire : on trouve notamment le domicile d'élection, qui est le plus important et d'une application courante dans la pratique contractuelle. Il s'agit donc d'un domicile fictif (absence d'attache réelle du domicilié) et spécial.

(1006) Avant l'entrée en vigueur du règlement (UE) « Successions » n° 650/2012, et conformément aux dispositions de l'article 110 du Code civil, la définition du domicile était déterminée par les règles du droit français et donc par référence aux dispositions de l'article 102 du même code.
Les règles de DIP alors en vigueur faisaient application de la loi de l'État sur le territoire duquel le défunt avait son dernier domicile pour les meubles (Cass. civ., 19 juin 1939, *Labedan*) conformément aux règles scissionnistes, et de la loi du lieu de situation pour les immeubles (*lex rei sitae* ; Cass. civ., 14 mars 1837, *Stewart*) et c'était le tribunal de ce lieu qui était compétent pour connaître de toutes les actions relatives à cette succession.

Attention

L'article 102 du Code civil ne s'applique qu'aux personnes de nationalité française.
Le domicile d'un étranger, en droit international privé, s'entend du siège de ses principaux intérêts (1007).

– Pour la jurisprudence. – La définition du principal établissement est donnée par le centre des intérêts : il s'agit d'une question de pur fait, qui est appréciée souverainement par les juges du fond, en fonction des circonstances particulières à chaque espèce (1008).

À titre d'éléments d'appréciation, le juge considère que la résidence effective d'une personne, lorsqu'elle présente des caractères de stabilité et de fixité, est un élément important de cette appréciation, de même que le lieu où se concentrent ses relations familiales, ces deux indices concordant généralement.

D'autre part, le centre des intérêts matériels (situation des propriétés, siège d'exploitation d'un fonds) est fréquemment pris en considération et sera même l'élément déterminant si la nature du litige est pécuniaire.

Enfin, le lieu d'exercice de certains droits (droit de vote, par exemple) et d'accomplissement de certaines obligations (paiement des impôts directs) joue un rôle secondaire pour conforter d'autres indices plus convaincants (sur la définition du siège social en tant que domicile des sociétés).

Pour fixer le domicile, il importe de prendre en compte une conjonction d'éléments et non le seul lieu de résidence lié au lieu de l'emploi. C'est ainsi que l'inscription en mairie, et le fait de posséder une propriété immobilière à usage d'habitation dans la commune où l'intéressé est inscrit en mairie conduisent à retenir le lieu du principal établissement et à dissocier le lieu de résidence, où l'intéressé occupe son emploi, de celui du domicile, lieu du principal établissement (1009).

Le lieu où une personne a son principal établissement présente le double caractère d'unité et de fixité. On ne peut avoir légalement qu'un seul domicile. Mais une personne peut avoir des activités d'une importance similaire en plusieurs lieux ou, au contraire, ne plus avoir d'activité comme, par exemple, un retraité.

Ces difficultés justifient le recours à une notion plus concrète : celle de résidence. Le législateur mentionne d'ailleurs expressément la résidence dans certains textes.

On remarquera également une troisième notion : celle de « demeure », notion apparue dans le cadre du Nouveau Code de procédure civile, et qui englobe les deux notions de domicile et de résidence.

Par « principal établissement », il faut entendre le lieu où la personne a le centre de ses intérêts principaux, d'ordre pécuniaire comme affectif et familial. Il s'agit donc de l'endroit où la personne a choisi principalement de s'installer pour y vivre avec sa famille. C'est l'endroit de centralisation des intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux.

(1007) CA Pau, 2e ch., 12 juin 2012, nº 11/01523 : *JurisData* nº 2012-025021.
(1008) Cass. 1re civ., 25 juin 1980, nº 79-11.879 : *Bull. civ.* 1980, I, nº 199. – Cass. 2e civ., 22 nov. 1989, nº 87-15.300 : *JurisData* nº 1989-704419 ; *Bull. civ.* 1989, II, nº 359. – Cass. 2e civ., 26 avr. 1990, nº 90-60.122 : *Bull. civ.* 1990, II, nº 77.
(1009) CA Metz, ch. civ., 29 juin 1993 : *JurisData* nº 1993-045914.

Selon un auteur (1010), la définition du domicile dit « volontaire » a été précisée au fil du temps par la jurisprudence. La cour d'appel d'Aix-en-Provence (1011) précise dans sa décision que : « Selon la loi française, le domicile d'une personne physique est le lieu de son principal établissement, de son installation durable, le centre de ses activités, sous tous les aspects de la vie, politique et publique, patrimoniale, professionnelle, familiale et vie privée ». Et elle ajoute que : « Ce rattachement à un lieu doit avoir un caractère durable et doit correspondre au minimum à la dernière année de vie du *de cujus* ». Il faut ainsi, par un examen minutieux des éléments de chaque espèce, déterminer en quel lieu la personne concernée a volontairement et durablement fixé le centre principal de ses intérêts. Pour caractériser ces éléments intentionnels et matériels du domicile, il est nécessaire de réaliser une analyse *in concreto* de l'intégralité de la vie personnelle et professionnelle : toutes les catégories d'intérêts doivent être prises en compte, qu'ils soient d'ordre patrimonial ou extrapatrimonial, afin de localiser le domicile d'une personne. Le domicile se détermine par une méthode qui relève du faisceau d'indices : plus il y a d'indices démontrant que l'intéressé avait fixé volontairement en tel lieu le centre de ses intérêts avec l'intention d'y rester, plus ce lieu doit être retenu comme celui de son domicile.

– Le changement de domicile. – Le changement de domicile s'opère par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y fixer son principal établissement (1012). **2442**

Le transfert effectif de l'habitation dans un autre lieu est une condition *sine qua non* du changement de domicile. Tant que ce transfert n'a pas eu lieu, et même si la double déclaration prévue par la loi en cas de changement de domicile a été faite, ce changement ne s'opère pas. En revanche, dès que l'habitation a été transférée, le changement de domicile intervient immédiatement, à supposer toutefois que la seconde condition soit également remplie.

Le Code civil prévoit une preuve légale de cette intention : une double déclaration expresse auprès de la municipalité du lieu que l'on quitte, et de celle du lieu où l'on transfère son domicile (1013). Toutefois cette formalité, non obligatoire, est rarement utilisée, et elle ne crée qu'une présomption (1014).

Le transfert de l'habitation doit s'accompagner de l'intention d'y fixer son principal établissement, donc de changer de domicile. À défaut, le nouveau lieu d'habitation sera considéré comme résidence secondaire. Toutefois il faut préciser que la preuve du changement de domicile peut se faire par tout moyen. À défaut de preuve légale, la preuve de l'intention dépendra des circonstances (1015). La continuité de l'habitation dans la nouvelle résidence peut être retenue. Plus généralement, la jurisprudence exige des circonstances claires et non équivoques.

La notion de résidence telle que définie par l'article 4 B du Code général des impôts est assez proche de celle de domicile de l'article 102 du Code civil. Attention : il faut être prudent dans l'analyse de la notion de résidence principale, car une personne pourrait être résidente fiscale d'un État au sens de l'article 4 B du Code général des impôts et résidente à titre principal dans un autre État au sens de l'article 102 du Code civil.

(1010) *JCP* G 5 déc. 2014, nº 49, 1352.
(1011) CA Aix-en-Provence, 1re ch. B, 6 mars 2014, nº 2014/146 : *JurisData* nº 2014-004967.
(1012) C. civ., art. 103.
(1013) C. civ., art. 104.
(1014) CA Paris, 8 avr. 1948 : *D.* 1948, p. 251. – Cass. soc., 8 juin 1951 : *D.* 1951, p. 510.
(1015) C. civ., art. 105.

§ II La désignation par le contribuable de son domicile ordinaire n'est pas applicable en matière fiscale

2443 La notion civile de résidence effective et habituelle est indépendante de la notion fiscale.

Elle correspond à l'endroit que le contribuable définira comme étant son domicile « ordinaire ».

Il se peut que celui-ci corresponde au domicile fiscal de ce dernier, mais rien n'y oblige.

Il est fréquent, en matière internationale, qu'une personne ayant des liens étroits avec un autre pays possède une résidence en France et une seconde dans cet autre pays, et qu'elle établisse deux déclarations de revenus tant en France que dans cet autre pays pour les revenus ayant pour source chacun d'eux.

Dans un tel cas, on est en présence de deux résidences (mais d'un seul domicile) et de deux déclarations fiscales de revenus (une dans chaque pays).

Cette personne peut donc être domiciliée au sens de l'article 102 du Code civil en France, alors qu'elle prétendrait avoir son domicile ordinaire à l'étranger. L'analyse du traitement civil étudié ci-avant sera détachée de l'analyse du domicile fiscal.

§ III La notion de résident selon le règlement (UE) nº 650/2012 ; résidence habituelle : notion non applicable en matière fiscale

2444 Le règlement (UE) nº 650/2012, dit règlement « Successions », a apporté d'importantes innovations pour le règlement des successions ouvertes depuis le 17 août 2015. Ce texte a posé une règle générale de compétence énoncée à l'article 21, selon laquelle : « 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 » avec une exception : la *professio juris*. Le lecteur pourra se référer pour approfondissement au travail de la troisième commission.

Cette nouvelle notion de résidence habituelle, qui devrait dans l'avenir bénéficier d'un « éclairage » jurisprudentiel, ne doit pas être confondue avec celle du domicile des articles 102 et suivants du Code civil. Il ne faudrait pas plus confondre celle-ci avec celle de la résidence fiscale.

Cette notion de résidence habituelle n'a vocation à s'appliquer que dans le cadre des successions internationale (elle n'a pas à s'appliquer dans le cadre d'une succession nationale ni en matière fiscale).

Pour conclure, a notion de domicile définie à l'article 102 du Code civil, ainsi que celles dites de la résidence « ordinaire » ou du règlement européen « Successions » ne sont pas applicables en matière fiscale. À l'inverse, celle résultant de l'article 4 B du Code général des impôts ou celle déterminée en vertu d'une convention fiscale seront de droit.

Section II La notion de résidence fiscale en droit interne : CGI, art. 4 B

2445 Aux termes de l'article 4 A du Code général des impôts : « 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 ». Et aux termes de l'article 4 B : « 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** ».

Ces critères sont **alternatifs** et non cumulatifs. C'est-à-dire qu'**il suffit qu'un seul soit rempli** pour que la domiciliation en France soit établie. En optant pour des critères alternatifs, le législateur a entendu donner à la notion de domicile fiscal en droit interne un champ d'application étendu. **Toutefois, le droit interne ne s'applique qu'en l'absence de convention fiscale ou encore en présence d'une convention, à condition toutefois que celle-ci ne contredise pas le droit interne français.**

La charge de la preuve qui devrait, en toute rigueur, incomber à l'administration qui prétend assujettir quelqu'un à l'impôt est, selon la jurisprudence du Conseil d'État, devenue fonction de l'instruction et par suite objective (1016).

Dans un cadre international, la notion de domiciliation et ces critères continuent de s'appliquer, quand bien même le droit interne d'un autre pays viendrait à considérer qu'une personne est (selon ses propres critères) domiciliée en France. En pratique ce cas est très rare. Par exemple, la France peut considérer une personne non résidente alors qu'une autre nation indique que cette personne est selon son droit interne résidente de France.

Existe-t-il une date particulière et déterminée au cours de l'année pour apprécier la qualité de résident fiscal ? Il faut savoir qu'en France on peut être résident seulement une partie de l'année civile (cette possibilité n'est pas admise en droit interne dans tous les pays). Par conséquent, le contribuable devra prouver cet état pour pouvoir revendiquer la qualité de résident ou pas. On comprend aisément l'intérêt de déterminer la date de « basculement » (notamment en matière d'imposition des plus-values immobilières et des prélèvements sociaux).

§ 1 Foyer ou lieu de séjour principal en France

Ces deux critères sont dits « d'ordre personnel ». Ces sous-critères alternatifs, d'égale valeur, sont parfois utilisés par la jurisprudence de façon cumulative. **2446**

A/ Le foyer

D'une manière générale, le foyer s'entend du lieu où les intéressés (la personne ou sa famille ; conjoints et enfants) habitent normalement, c'est-à-dire du lieu de la **résidence habituelle**, à condition que cette résidence en France ait un **caractère permanent**. Cette résidence demeure le foyer du contribuable même s'il est amené, en raison des nécessités de sa profession, à séjourner ailleurs temporairement ou pendant la plus grande partie de l'année, dès lors que, normalement, la famille continue d'y habiter et que tous ses membres s'y retrouvent (1017). **2447**

Cette notion se rapproche de la notion civiliste et concrète qu'est la résidence.

(1016) CE, 9 mai 1990, n° 57085, *d'Errico : Dr. fisc.* 1990, n° 39.

(1017) CE, 23 avr. 1958, n° 37792. Ainsi, les salariés détachés provisoirement à l'étranger par leur entreprise sont normalement considérés comme fiscalement domiciliés en France s'ils ont laissé leur famille dans notre pays (BOI-IR-CHAMP-10, n° 100).

La jurisprudence considère que la notion de foyer est caractérisée si le contribuable **y habite normalement** et s'il représente le **centre des intérêts familiaux** (1018). Toutefois, en pratique, la satisfaction du premier critère entraîne généralement celle du second. Si le centre des intérêts familiaux d'un contribuable est situé en France, il ne peut être considéré comme y ayant son foyer que s'il y habite normalement.

Pour l'administration fiscale, la résidence habituelle du contribuable demeure son foyer même s'il est appelé pour des raisons professionnelles à séjourner à l'étranger la plus grande partie de l'année, si toutefois sa famille continue d'y habiter et que tous les membres s'y retrouvent (1019). Cette position a été confirmée dans l'affaire *Corellou* (1020).

Dans le même sens, un contribuable en instance de divorce, dont l'épouse et leurs trois enfants mineurs résidaient en France, doit, dans ces conditions, être regardé comme ayant eu en France son foyer (1021).

La simple possession d'une résidence secondaire ne peut être considérée comme « un foyer ».

2448 – Le Conseil d'État a précisé la notion de foyer pour les concubins ainsi que pour les célibataires. – Concernant les concubins, le fait qu'ils constituent deux foyers fiscaux distincts, étant imposables séparément, ne fait pas obstacle à la constitution d'un foyer pour la détermination du domicile fiscal. Il n'y a donc pas lieu de distinguer entre concubins et conjoints (1022).

Le foyer d'un célibataire doit, quant à lui, s'entendre du lieu où ce dernier habite habituellement et a le centre de sa vie personnelle (et non pas le centre de ses intérêts familiaux). Il a donc bien un foyer, même s'il n'a pas constitué une cellule familiale, qui ne se situe pas où réside sa famille proche (1023).

Le critère du centre de la vie professionnelle est un critère parfois imprécis qui ne se confond pas systématiquement avec le critère du séjour et du travail. Ainsi il arrive que le juge considère qu'un célibataire envoyé en mission hors de France soit résident français alors qu'il séjourne et travaille hors de France (1024).

Un footballeur professionnel célibataire ayant joué au cours de la période contestée au sein d'un club français, puis italien, puis à nouveau français et qui avait à sa disposition une

(1018) CE, sect., 3 nov. 1995, n° 126513, *Larcher : RJF* 12/1995, n° 1332.

(1019) CE, 23 juin 2000, n° 196143 : *Dr. fisc.* 2001, n° 3, comm. 29. – CE, 3 nov. 1995, n° 126513 : *Dr. fisc.* 1996, n° 5, comm. 121, concl. J. Arrighi de Casanova.

(1020) CAA Marseille, 3e ch. A, 28 févr. 2002, req. n° 98-1045, *M. Corellou : JurisData* n° 2002-223310, concl. : « Considérant que si M. Corellou indique avoir séjourné en Tunisie 183 jours et un mois en Espagne au cours de l'année 1984, il résulte de l'instruction que Mme Corellou est demeurée en France durant toute cette période ; que si le requérant invoque l'absence de liens affectifs avec son épouse dont il a divorcé le 13 juin 1990, cette circonstance, corroborée par la déclaration effectuée par Mme Corellou auprès des services de police le 17 octobre 1988 selon laquelle son mari ne vivait plus avec elle depuis 1981, n'est pas de nature à établir qu'il ne disposait pas, pour l'année 1984, d'un foyer en France ».

(1021) CE, 25 mars 2013, n° 351822, *Amar*.

(1022) CE, 8e et 3e ss-sect., 27 janv. 2010, n° 319897, *Min.* c/ *Tounsi : Dr. fisc.* 2010, n° 23, étude 358, F. Dieu ; dans cette espèce, le juge a traité la concubine sur le même plan qu'une épouse alors même que chacun des concubins constituait un foyer fiscal distinct. – CE, 8e et 3e ss-sect., 3 févr. 2011, n° 327804, *Min.* c/ *Dejonghe-Labarche : RJF* 4/2011, n° 399 ; cas d'un concubinage stable et continu.

(1023) CE, 8e et 3e ss-sect., 17 mars 2010, n° 299770, *Min.* c/ *Blanc : JurisData* n° 2010-002269 ; *Dr. fisc.* 2010, n° 23, étude 358, F. Dieu.

(1024) CE, 10e et 9e ss-sect., 17 déc. 2010, n° 3061174, *Léostic : RJF* 3/2011, n° 264.

habitation en France avant, pendant, et après sa carrière italienne qui avait duré quinze mois a également été considéré comme ayant son foyer en France (1025).

– La notion de foyer : l'influence en cas d'existence d'enfants mineurs ou majeurs. – Enfants majeurs : le fait que les enfants majeurs résident en France est, sauf circonstances particulières, étranger à la détermination du centre des intérêts familiaux des parents. Dans ce sens, les juges du Conseil d'État ont récemment annulé une décision d'appel qui avait retenu comme indice, pour établir qu'un couple avait son domicile fiscal en France, le fait que leurs enfants majeurs résidaient en France (1026).

Enfants mineurs : à l'inverse, un couple ou une personne divorcée sont réputés résidents fiscaux en France et y avoir le centre des intérêts vitaux familiaux, en présence d'enfants mineurs scolarisés en France.

En ce sens (1027), le Conseil d'État a considéré qu'un contribuable divorcé n'ayant pas la garde de ses enfants mineurs était domicilié en France car ses deux enfants vivaient en France, qu'il avait avec eux des relations régulières et qu'il avait à sa disposition un logement dans lequel sa famille se réunissait lorsqu'il venait en France, ainsi que des véhicules automobiles sur place.

Le Conseil d'État a pris la même position (1028) dans une affaire où un couple de parents de nationalité russe, titulaires chacun de la carte de résident, était locataire d'un appartement en France dans lequel le fils mineur résidait en permanence. Dans cette espèce, le mari avait séjourné principalement hors de France pendant les années concernées et la femme avait principalement résidé en Russie. Cet arrêt nous rappelle que le critère du foyer prévaut sur celui du séjour principal et que le lieu de scolarisation et de vie de l'enfant mineur est déterminant pour la localisation du foyer.

– La notion de foyer. Cas des familles recomposées et de la polygamie. – La famille recomposée : la domiciliation fiscale ne s'appréciant plus au niveau du mari « chef de famille » mais au niveau de chacun des membres du foyer fiscal au sens de l'article 6 du Code général des impôts, il peut y avoir lieu de considérer le lieu de résidence habituelle du mari aussi bien que celui de la femme, ou de la concubine notoire (1029). Selon un auteur, il est fort probable que l'existence d'un pacte civil de solidarité serait pris en compte de la même manière (1030).

En cas de polygamie ou de concubinage adultérin, le juge, dans l'affaire *Zitouni* (1031), a considéré que M. Zitouni avait son foyer en France parce qu'il y possédait une habitation où sa première épouse et ses enfants issus de cette union logeaient alors même qu'il travaillait et résidait à l'étranger avec sa seconde épouse et leurs enfants issus de cette seconde union. Dans cette espèce, le juge a privilégié le foyer légitime au regard du droit français.

Le juge refuse d'accepter l'argumentaire selon lequel les liens du mariage en France seraient sans effet en France (1032).

(1025) CAA Lyon, 2e ch., 26 oct. 2006, no 01LY02689, *Blanc*.
(1026) CE, 22 juin 2016, no 386131.
(1027) CE, 31 mars 2014, no 357019 : *JurisData* no 2014-007196.
(1028) CE, 17 mars 2016, no 383335 : *JurisData* no 2016-005159.
(1029) Pour ex., CAA Marseille, 3e ch., 14 mars 2002, nos 99-1934 et 99-2215, *Guérin : Dr. fisc.* 2002, no 42, comm. 827.
(1030) *JCl. Notarial Répertoire*, Fasc. 3240, G. Gest.
(1031) CAA Nancy, 2e ch., 30 janv. 1992, no 113, *Zitouni : RJF* 7/1992, no 927 ; arrêt définitif.
(1032) CAA Paris, 9e ch., 15 janv. 2015, no 12PA03956 : *RJF* 4/2015, no 293.

L'essentiel à retenir

Conclusion : on constate que le juge accepte assez largement de considérer qu'une personne possède un foyer en France. Il utilise un faisceau d'indices, notamment le lieu de séjour et le lieu de travail, le lieu de scolarisation des enfants mineurs, mais aussi des faits tels que celui de faire expédier en France du courrier sans fournir d'adresse de réexpédition, d'être inscrit sur les listes électorales ou d'avoir souscrit des abonnements aux services tels que l'eau, le téléphone (avec l'existence de consommations), d'avoir des comptes bancaires actifs ouverts en France, etc.

Attention

L'article 4 B, 1-a du Code général des impôts mentionne « le foyer » ; or les conventions fiscales mentionnent « un foyer ». Il faudra être attentif pour ne pas faire de confusion.

B/ Le lieu de séjour principal

2449 À défaut de foyer en France (1033), l'administration prend en considération le lieu du séjour principal, apprécié au niveau du seul contribuable, et non plus de son foyer, comme précédemment. Une personne qui séjourne en France plus de 183 jours par an, soit une durée supérieure à six mois (1034), sera considérée comme ayant son domicile fiscal en France, même si sa famille réside dans un autre État. Peu importe par ailleurs les modalités du séjour (location, hôtel, logement mis gratuitement à disposition, etc.).

Ainsi, a été considéré comme imposable en France un étudiant étranger qui a résidé en France de manière permanente d'octobre N à octobre N+4 et n'a été admis à poursuivre ses études à l'Université d'Alger qu'à compter du 6 décembre N+4. Il a pu ainsi être regardé comme ayant eu au cours des années N+3 et N+4 le lieu de son séjour principal en France (1035).

Le critère de 183 jours n'est cependant pas absolu, l'administration se réservant la possibilité de l'écarter au vu des circonstances de fait. En effet, le Conseil d'État s'est abstenu de se référer à ce critère lorsque les circonstances de fait donnaient à penser que le contribuable avait bien en France le lieu de son séjour principal, et notamment dans le cas où au cours des années considérées, l'intéressé avait résidé en France pendant une durée nettement supérieure à celle des séjours effectués dans différents pays étrangers (1036).

Par exemple, dans l'affaire de M^me^ A. Lear (1037), une artiste de variétés de nationalité britannique, celle-ci a été assujettie à l'impôt sur le revenu en France où l'administration

(1033) En ce sens, CE, 27 juin 2018, n° 408609. Dans cette espèce, il est rappelé qu'en présence d'un foyer en France il n'y a pas lieu de se reporter au critère du lieu de séjour principal : il ressortait des pièces de ce dossier que le contribuable travaillait sur des plates-formes pétrolières en Angola et qu'il arguait qu'il pouvait bénéficier, pour les salaires qu'il avait perçus, de l'exonération d'impôt sur le revenu par les dispositions de l'article 81 A du Code général des impôts. Le Conseil indique « que si M. A., divorcé de son ex-épouse française et travaillant en Angola, n'avait pas conservé une habitation personnelle en France, il avait cependant conservé une adresse postale et une domiciliation fiscale et administrative, au domicile de son ex-épouse à laquelle le domicile conjugal avait attribué par le jugement prononçant leur divorce, avait bénéficié de soins médicaux en France et y possédait plusieurs comptes bancaires, une voiture et un terrain, sur lequel il avait fait édifier une habitation achevée postérieurement aux années en litiges./ M. A... devait être regardé comme ayant eu son foyer en France au cours de ces années ».

(1034) BOI-IR-CHAMP-10, n° 130.

(1035) CE, 4 juill. 1984, n° 33800.

(1036) CE, 19 nov. 1969, n° 75925.

(1037) CAA Paris, 20 juin 1991, n° 89-1322.

fiscale l'a considérée comme résidente, même si elle n'y avait pas effectivement passé au moins la moitié (en jours de présence) de l'année. Elle n'avait séjourné en France que soixante-dix jours au cours d'une des années concernées. Le juge avait retenu un faisceau d'indices, notamment les mouvements des comptes bancaires de l'intéressée et ses dépenses à Paris, le téléphone et l'électricité payés par elle, le fait d'autre part qu'elle ait eu un véhicule stationné à Paris et les notes d'essence régulières.

La durée de séjour, élément utile à considérer dans certains cas, n'est pas un critère absolu au regard de la jurisprudence (1038).

Comment la jurisprudence combine-t-elle ces deux critères (le foyer et le lieu de séjour principal) ?

2450 Le Conseil d'État considère que le critère du foyer est prioritaire et que celui du lieu de séjour principal est subsidiaire : ce dernier ne s'applique que si le contribuable ne dispose pas de foyer. Par conséquent, il a unifié les deux critères qui ne sont plus vraiment alternatifs. Le juge doit donc déterminer, dans un premier temps, s'il existe « un foyer » en France ou à l'étranger. De cette position nous pouvons en déduire plusieurs hypothèses :

- **première hypothèse ; existence d'un foyer en France :** le lieu de séjour serait sans importance ; le contribuable est considéré fiscalement domicilié en France ;
- **deuxième hypothèse ; existence d'un foyer hors de France :** le lieu de séjour est également sans importance, on ne pourrait alors considérer le contribuable comme résident français que sur la base des critères d'ordre professionnel ou économique et non plus d'ordre personnel.
  La présence temporaire et pour des circonstances exceptionnelles (par ex. : la maladie, ou un événement à l'étranger engendrant le besoin de venir sur le territoire français avant de rapatrier sa famille) ne permettra pas de fixer le domicile fiscal d'une personne en France (1039) ;
- **troisième hypothèse ; à défaut de foyer déterminable :** dans ce cas particulier, le critère du lieu de séjour principal pourra alors s'appliquer et indiquera le domicile fiscal du contribuable (1040). Tel serait le cas si :
  - le contribuable vit seul et dispose de manière permanente d'au moins deux habitations, dont une en France ;
  - le contribuable et sa famille ont la disposition permanente de deux logements, l'un en France, l'autre à l'étranger (1041);
  - le centre des intérêts familiaux est partagé entre la France et un pays étranger en ce que le contribuable peut être considéré comme ayant deux familles en cas de concubinage adultérin par exemple (1042).

§ II Exercice en France d'une activité professionnelle non accessoire

2451 Ce critère est dit « d'ordre professionnel ».

Une activité accessoire est celle qui génère moins de 50 % des revenus totaux de la personne qui l'exerce, ou encore qui correspond à moins de 50 % du temps passé (1043). Il peut s'agir d'une activité professionnelle salariée ou non.

(1038) CE, 24 mars 1972, n° 75452 : *Dupont* 1972, p. 217.
(1039) CAA Paris, 10e ch., 2 févr. 2016, n° 15PA01092.
(1040) CE, 9e et 10e ss-sect., 15 avr. 2015, n° 361828 : *RJF* 7/2015, n° 606.
(1041) CAA Marseille, 4e ch., 22 janv. 2008, n° 05MA01453, *Serguei*.
(1042) Il faut préciser que dans ce cas particulier, un tribunal a pu privilégier le foyer légitime. V., en ce sens, TA Toulouse, 2e ch., n° 99-3472, *Gerschel*.
(1043) CAA Lyon, 26 juill. 1990 : *Dr. fisc.* 1991, n° 13, comm. 679, obs. G. Tixier et T. Lamulle.

Est notamment une activité professionnelle :
- pour les salariés, le domicile est fonction du lieu où ils exercent effectivement et régulièrement leur activité professionnelle ;
- pour les mandataires sociaux d'une société dont le siège social ou de direction effective est situé en France, cette situation implique, en principe, l'exercice sur le territoire français du mandat social (BOI-IR-CHAMP-10, n° 180).

Est notamment une activité principale : lorsqu'une personne pratique simultanément plusieurs professions ou la même profession dans plusieurs pays, l'intéressée est considérée comme domiciliée en France si elle y exerce son activité principale. L'activité principale s'entend de celle à laquelle le contribuable consacre le plus de temps effectif, même si elle ne dégage pas l'essentiel de ses revenus. Dans l'hypothèse où un tel critère ne peut être appliqué, il convient de considérer que c'est celle qui procure à l'intéressé, directement ou indirectement, la plus grande part de ses « revenus mondiaux » (1044).

Ce critère professionnel ne s'applique que rarement de façon autonome.

§ III Localisation en France du centre des intérêts économiques

2452 Les critères d'ordre dit « économique » permettent d'affirmer qu'un contribuable est résident fiscal (qu'il réside ou non sur le territoire français, et même si son foyer ou son activité principale sont établis et exercés hors de France) dès lors que cette personne aura le centre de ses activités économiques en France, d'où elle tirera la part la plus importante de ses revenus (1045). Le patrimoine devant être pris en considération pour l'appréciation de ce critère est le patrimoine productif de revenus (non celui qui est improductif). Dans le cas particulier d'une personne percevant d'importants revenus professionnels en Grèce de son activité d'armateur alors que son patrimoine en France était constitué de biens improductifs (à savoir des biens immobiliers et des comptes courants dans des sociétés de golf, ne lui procurant pas de revenus), le juge a considéré que le centre des intérêts économiques de cette dernière ne se situait pas en France (1046).

Autre exemple : un retraité qui réside à l'étranger et qui perçoit une unique pension de retraite versée par un organisme français (on est en présence d'un revenu exclusivement de source française) est considéré comme ayant son centre des intérêts économiques en France (sauf cas d'application d'une convention) (1047).

En cas d'existence de revenus tant de source française qu'étrangère, on compare le montant de revenu que le contribuable perçoit de ces deux sources (le revenu de son travail devra être cumulé avec celui de ses propriétés). Toutefois, en cas d'absence de revenu en France et à l'étranger, alors il faudrait comparer la valeur des patrimoines situés en France et à l'étranger.

En pratique

Dans le cadre d'une étude patrimoniale comprenant l'analyse de ce critère économique, il faudra être attentif ; les revenus à comparer sont les revenus « bruts » (1048).

(1044) CAA Douai, 2e ch., 30 nov. 2010, n° 08/1075, *Rosdorff : RJF* 5/2011, n° 538. – BOI-IR-CHAMP-10, n° 220.
(1045) CE, 8e et 3e ss-sect., 17 mars 2010, n° 299770, *Min.* c/ *Blanc*. – CAA Paris, 17 juill. 1990, n° 89/1960 : *Dr. fisc.* 1991, n° 4, comm. 72, G. Tixier et T. Lamulle.
(1046) CE, 8e et 3e ss-sect., 27 janv. 2010, n° 294784, *Caporal : JurisData* n° 2010-081610 ; *Dr. fisc.* 2010, n° 23, comm. 365, Th. Lamulle.
(1047) CE, 9e et 10e ss-sect., 17 juin 2015, n° 371412 : *RJF* 10/2015, n° 751.
(1048) Cass. com., 30 mai 2000, n° 1214, *Marchand : RJF* 9-10/2000, n° 1178.

Attention aux importantes plus-values de cession, car elles peuvent faire basculer (l'année de la cession) la majorité des revenus en faveur d'une source française ou étrangère. Il sera peut-être souhaitable de préconiser des cessions limitées dans le temps ou étalées sur plusieurs années (1049).

§ IV Le rescrit

2453 Les critères posés par l'article 4 du Code général des impôts et par la jurisprudence sont extrêmement larges. Il est de ce fait possible qu'une personne domiciliée fiscalement en France le soit également dans un autre État par application du droit interne de cet autre État. On conseille vivement, en cas de doute sur la localisation du domicile fiscal d'une personne, de solliciter un rescrit afin de bénéficier de la garantie de l'article L. 80 B, 1° du Livre des procédures fiscales.

Le rescrit nécessitant de décliner l'identité du contribuable, il ne pourra être sollicité qu'avec son agrément. Il faudra être précis lors de sa rédaction sur les faits, car l'administration fiscale n'est tenue par sa réponse que si ces derniers sont ceux évoqués.

§ V Le cas des agents de l'État

2454 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 sont également considérés comme ayant leur domicile fiscal en France.

Ces agents sont domiciliés en France, même s'ils ne remplissent pas les critères d'ordre personnel, professionnel ou économique sus-indiqués.

§ VI Tableau comparatif de la notion de résidence en droit interne selon les pays

2455 La double résidence des couples mixtes : les critères de l'article 4 B du Code général des impôts doivent s'appliquer isolément à chaque conjoint ou partenaire de pacte civil de solidarité, par conséquent on peut avoir des couples dont l'un est résident alors que l'autre sera non-résident.

Citons quelques exemples de notion de résidence selon le droit interne de certains pays. Ces exemples sont indiqués pour permettre au lecteur de prendre connaissance d'une partie des critères de domiciliation existant en droit comparé. Il faudra toutefois être prudent et ne pas considérer ce tableau comme étant effectif au moment de sa lecture. En effet, les règles sont très changeantes et vous serez dans l'obligation de contacter un fiscaliste localement compétent pour vous en assurer :

PAYS	Notion de résidence selon le droit interne du pays
Maroc	Code fiscal marocain, art. 23 : « Au sens du présent code, une **personne physique** a son domicile fiscal au Maroc lorsqu'elle a au Maroc son foyer d'habitation permanent, le centre de ses intérêts économiques ou lorsque la durée continue ou discontinue de ses séjours au Maroc dépasse 183 jours pour toute période de 365 jours ». Pour les **personnes morales** se reporter aux articles 2 et suivants, du Code fiscal marocain.

(1049) Pour ex. : CAA Marseille, 4e ch., 25 mars 2016, n° 13MA00537 : *Dr. fisc.* 2016, n° 29, comm. 432.

PAYS	Notion de résidence selon le droit interne du pays
Royaume-Uni	**Pour les personnes physiques :** traditionnellement le droit britannique distinguait les notions de *domicile*, *ordinary residence* et *non ordinary residence*. Un *résident non ordinaire* est le nouvel arrivant qui peut baser l'imposition de son salaire sur le *prorata temporis* des jours travaillés au Royaume-Uni pendant une période d'un à deux ans. Un *résident ordinaire* était une personne qui travaillait depuis plus de deux ans au Royaume-Uni. Une personne est *domiciled* au Royaume-Uni sur la base de sa nationalité, de son lieu de naissance et de la nationalité de son père et de son grand-père paternel. À défaut, cette personne sera *non domiciled*. Le statut de *non domiciled* permet de limiter l'imposition des revenus par le Royaume-Uni aux seuls revenus perçus de source britannique ou rapatriés sur le sol britannique. La loi de finances britannique pour 2013 a introduit une définition légale de la résidence. Elle a supprimé la notion de résidence ordinaire. Elle prévoit un mécanisme en trois parties pour déterminer la résidence fiscale : **1) Facteurs absolus de non-résidence** (un des trois facteurs suffit) : – la personne était résidente britannique pendant une ou plusieurs des trois dernières années et passe désormais moins de 16 jours par an au Royaume-Uni ; – la personne n'était pas résidente au cours des trois dernières années et passe moins de 46 jours au Royaume-Uni ; – la personne part travailler à l'étranger à plein temps, pour peu qu'elle passe moins de 91 jours au Royaume-Uni et que les jours travaillés (ne compte que si plus de trois heures par jour) au Royaume-Uni représentent moins de 31 jours. **2) Facteurs absolus de résidence** (critères alternatifs) : – la personne passe plus de 183 jours au Royaume-Uni au cours de l'année fiscale ; – la personne dispose d'une seule habitation qui se situe au Royaume-Uni, ou toutes ses habitations sont au Royaume-Uni ; – la personne travaille à plein temps au Royaume-Uni. **3) Si les facteurs absolus sont non concluants :** l'administration considère que plus la personne passe de jours sur le territoire, moins le nombre de liens avec le Royaume-Uni est nécessaire pour devenir résident. Un jour est considéré comme passé si la personne est sur le territoire à minuit. D'autre part, pour les personnes qui arrivent au Royaume-Uni, leur situation est déterminée selon quatre liens principaux : – famille résidente au Royaume-Uni ; – travail régulier au Royaume-Uni (au moins 40 jours par an) ; – disposition d'une habitation au Royaume-Uni et occupation de plus de 90 jours par an ; – présence au Royaume-Uni de plus de 90 jours sur une année fiscale au cours des deux dernières années fiscales. L'administration comptabilise le nombre de liens avec le Royaume-Uni et en fonction des jours sur place, elle détermine si la personne est résidente ou non.
États-Unis	**Pour les personnes physiques :** critère de la nationalité. Les résidents permanents ou détenteurs de la *green card* sont considérés comme résidents au regard de l'impôt fédéral, peu importe leur pays de résidence. Les étrangers légalement présents aux États-Unis ou détenteurs d'un visa sont fiscalement résidents si les critères du *substancial presence test* sont remplis : la personne doit être présente plus de 183 jours sur les trois dernières années et au moins 31 jours de l'année courante (on doit calculer ce dernier en additionnant 100 % des jours de présence de l'année en cours, un tiers des années N-1 et un sixième des jours de l'année N-2).

Section III La notion de résidence en droit conventionnel

2456 En pratique, le droit interne des États peut créer des situations dans lesquelles un même contribuable sera traité comme résident fiscal de deux ou plusieurs États. Pour éviter une double imposition, les conventions définissent le champ d'application et les personnes concernées.

Aux termes de l'article 4 du modèle de convention OCDE, 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 analogue. 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. Ils doivent être en mesure de prouver l'assujettissement à un impôt dans les deux États.

Par conséquent, les contribuables exonérés (même s'ils ne le sont que sous certaines conditions) ne sont pas des résidents. Le paiement d'un impôt religieux (1050) ne peut être considéré comme suffisant.

La preuve de cette imposition doit émaner d'une autorité compétente et le document doit mentionner que le contribuable a été imposé en qualité de résident.

§ 1 Modèle OCDE

2457 Un contribuable n'est considéré comme un résident de deux États que s'il est soumis à une double obligation fiscale illimitée, c'est-à-dire qu'il est imposable dans les deux pays sur ses revenus mondiaux. Si tel n'est pas le cas, il n'y a pas lieu d'appliquer la convention fiscale.

En cas d'application d'une convention, et si elle reprend le modèle de l'OCDE, les critères doivent être examinés dans l'ordre suivant (1051) : le foyer d'habitation permanent **(A)**, le centre des intérêts vitaux **(B)**, le lieu de séjour **(C)**, la nationalité **(D)**, et enfin la procédure amiable **(E)**.

A/ Foyer d'habitation permanent

2458 La notion de foyer d'habitation permanent recouvre toute forme d'habitation (maison, appartement, chambre meublée), tout mode d'occupation (propriété, location, mise à disposition) à condition d'avoir un caractère de permanence ; c'est-à-dire qu'il doit s'agir d'une habitation aménagée et réservée à l'usage du contribuable d'une manière durable, ce qui exclut les séjours de courte durée (voyage d'agrément ou d'affaires ou d'études, stages dans des écoles).

Faute de texte, on considère qu'il existe un caractère de permanence à compter de deux ans. Entre un an et deux ans, on peut s'interroger. En deçà d'une année, il faut considérer qu'il ne s'agit pas d'un foyer d'habitation permanent.

(1050) Par ex. : le *zakat* en Arabie saoudite, qui est un impôt religieux distinct de l'impôt sur le revenu.
(1051) CE, 8e et 3e ss-sect., 29 oct. 2012, n° 346641, *Kessler : RJF* 1/2013, n° 83.

Attention

Il ne faut pas confondre cette notion avec celle définie (« le foyer ») au sens du droit interne français ; les conventions font référence aux habitations dont le contribuable dispose et qui ont chacune un caractère permanent.

Si une personne n'a qu'un foyer d'habitation permanent dans l'un des États contractants, alors on considérera qu'il est résident de cet État au sens de la convention fiscale sans examiner les critères subsidiaires. À défaut, on passera au critère subséquent du centre des intérêts vitaux.

B/ Centre des intérêts vitaux

2459 Pour apprécier ce critère, doivent être pris en considération les liens personnels et économiques sans hiérarchie entre les deux : c'est-à-dire l'existence de relations familiales et sociales, d'activités politiques et culturelles, mais également le siège des affaires, et le lieu où le contribuable administre ses biens (1052).

Le juge analyse chaque situation pour retenir un faisceau d'indices qui sera révélateur de liens personnels et/ou professionnels. À ce titre, il sera pris en compte notamment :
- le fait que la personne est intégrée à la vie sociale d'un des États ;
- les consommations en eau, électricité, téléphone ;
- le lieu de scolarisation des enfants ;
- le pays servant les soins médicaux ;
- l'existence d'une voiture ;
- l'existence de comptes bancaires ;
- la réexpédition de son courrier à une adresse constante ;
- les adresses indiquées aux différents organismes ;
- l'existence dans l'un des territoires d'achats fréquents courants ;
- l'inscription sur une liste électorale ;
- mais également le fait pour un contribuable de manifester sa volonté de se faire enterrer dans l'un des pays (1053).

Ce critère est imprécis et subjectif. Dans le cadre de l'existence de liens économiques plus forts vis-à-vis d'un État et de liens personnels en faveur d'un second, pour trancher le juge regarde s'il existe une imposition entre le contribuable et le pays avec lequel il existe les liens personnels pour affirmer qu'il est résident de ce pays.

À défaut de pouvoir déterminer le centre des intérêts vitaux, il faudra se référer au critère subsidiaire : le lieu du séjour habituel.

C/ Lieu de séjour habituel

2460 On fait référence à la présence physique sur les différents territoires.

On doit tenir compte des séjours du contribuable tant dans son foyer d'habitation que dans tout autre endroit à l'intérieur de ces États.

Le lieu de « séjour habituel » ne doit pas être confondu avec celui « le plus habituel » ou « principal ».

(1052) En ce sens CE, 8e et 3e ss-sect., 17 déc. 2003, no 241920, *Dardashi*.
(1053) CE, 8e et 9e ss-sect., 14 mars 1979, no 8046 : *RJF* 5/1979, no 266.

En effet, il peut exister un lieu de séjour habituel dans chaque État, alors même que le contribuable aurait passé plus de temps dans l'un des deux pays. De plus, le juge ne fait pas obligatoirement le décompte des jours passés sur chaque territoire. Il a la possibilité de déclarer qu'il existe dans chaque pays un lieu de séjour habituel. Dans ce cas, il faudra passer au critère subsidiaire de la nationalité.

D/ Nationalité

2461 Ce critère est facile d'utilisation et déterminant. Le juge l'utilise volontiers si la situation du contribuable ne permettait pas l'application des critères précédents (1054).

Toutefois, si le contribuable a la nationalité des deux États ou s'il ne possède aucune de ces dernières, alors il faudra s'en remettre à la procédure amiable.

E/ Procédure amiable

2462 Cette procédure confie aux autorités de deux pays le soin de trancher d'un commun accord la notion de résidence.

Le juge n'est pas lié sur cet accord qui n'a vis-à-vis de lui qu'une valeur relative.

La notion de résidence en présence d'une convention fiscale établie sur le modèle OCDE étant étudiée, précisons qu'il existe en pratique des conventions qui n'appliquent pas ou que partiellement le modèle préconisé par l'OCDE. Tel est généralement le cas lorsque l'un des États a mis en place une politique fiscale agressive pour attirer certains investisseurs.

Comment la notion de résidence est-elle traitée dans ces cas ?

§ II En dehors du modèle OCDE

2463 La notion de résidence dans le cadre de conventions hors modèle OCDE peut parfois s'appuyer et renvoyer au droit interne des États.

Nous pouvons citer, à titre d'exemple, la convention franco-irlandaise du 21 mars 1968 : un contribuable qui serait considéré comme résident français au sens de l'article 4 B du Code général des impôts ne peut être considéré comme résident fiscal d'Irlande. Si ce dernier peut être qualifié de résident au sens du droit fiscal interne des deux pays, la convention n'a plus vocation à s'appliquer (1055).

D'autres conventions ne s'appuient pas sur le droit interne des États. Dans ce cas particulier, elles indiquent les critères qu'elles souhaitent retenir pour qu'un contribuable soit considéré comme un résident. Citons pour exemple le cas des conventions franco-belge et franco-ivoirienne. Faisons observer que même dans ce cas, il sera nécessaire, avant d'appliquer les critères conventionnels, d'examiner au préalable le droit interne.

Enfin, d'autres conventions s'appuient sur des critères partiellement différents de ceux préconisés par l'OCDE.

(1054) En ce sens : CAA Paris, 2e ch., 25 mars 1997, nº 95/2155, *Zamfir : RJF* 10/1997, nº 874.
(1055) Cass. crim., 29 mars 1989, nº 87-81.891, *Rey*.

Section IV La notion de résidence des personnes morales

2464 Les personnes morales et physiques bénéficient du jeu des conventions à la condition qu'elles soient « résidentes » et assujetties à l'impôt. Pour pouvoir revendiquer cette qualité au sens conventionnel, le contribuable doit être un vrai résident, c'est-à-dire être en capacité de justifier d'un assujettissement intégral. Dans ce sens, le modèle de la convention fiscale de l'OCDE exclut le résident assujetti uniquement sur les revenus de source situés dans cet État ou pour la fortune qui y est située.

Il faut toutefois modérer le critère d'assujettissement intégral à l'impôt pour indiquer qu'un contribuable non assujetti en raison d'une situation déficitaire ou en vertu d'un revenu inférieur au seuil taxable est toutefois considéré comme résident.

Lorsqu'une personne morale est traitée par deux États comme un résident (cas de double résidence), en application de l'article 4, 3 du modèle OCDE, il faut faire référence au siège de direction effective, c'est-à-dire le lieu où la société est effectivement dirigée (1056). La France considère que la société doit être domiciliée dans le pays où sont prises, quant au fond, les décisions clés tant sur le plan de la gestion que sur le plan commercial. Ce lieu est celui où la personne ou le groupe de personnes exerçant les fonctions les plus élevées prend ses décisions (par ex. : un conseil d'administration ou un directoire).

CHAPITRE III La double imposition

2465 Le développement des échanges internationaux est à l'origine de la création de la fiscalité internationale. À l'époque elle souhaitait apporter une réponse à l'émergence d'une double imposition.

Juridiquement il n'existe aucun droit à l'élimination d'une double imposition. Toutefois, la France a conclu de nombreuses conventions (1057) pour éviter que les contribuables ne subissent celle-ci. La France, l'Angleterre et les États-Unis sont les pays qui disposent des meilleurs réseaux du monde en matière de conventions. Toutefois, la France peut encore améliorer la zone de couverture, notamment en Amérique latine et en Afrique anglophone.

Il convient de classifier **(Section I)** les cas de double imposition avant d'étudier les solutions proposées pour les éliminer **(Section II)**.

Section I Classification de la notion de double imposition

Cette notion peut être classifiée sous deux catégories : les doubles impositions juridiques **(§ I)** et les doubles impositions économiques **(§ II)**.

§ I Les doubles impositions juridiques

2466 La double imposition juridique est l'hypothèse pour un même contribuable d'**être imposé sur la même base de revenu ou de fortune par plus d'un État.**

(1056) Comm. OCDE, C(4), n° 22.

(1057) Plus de cent vingt conventions et accords fiscaux liant la France à plus d'une centaine de pays, dont trente-sept en matière de successions, dix pour les donations ; la liste en est donnée au BOI-ANNX-000306.

Cette situation se rencontre en présence d'une **double résidence fiscale**, et si chacun des États considère qu'un contribuable est domicilié fiscalement sur son territoire. Dans ce cas particulier, on sera en présence d'une double imposition des revenus tirés de ces deux États, mais également des revenus provenant d'États tiers (double imposition des revenus mondiaux).

Il existe également une double imposition juridique en cas de **dualité entre la source et la résidence** ; c'est le cas en présence d'un non-résident français ayant un revenu que la France se considère en droit d'imposer en qualité de pays de la source (la France considérant que les personnes qui n'ont pas leur domicile fiscal en France sont assujetties à l'impôt sur le revenu de source française (1058). L'idée est que la France impose les revenus qui ont été rendus possibles par l'utilisation des infrastructures et services publics français, même si le contribuable n'est pas domicilié en France.

Tel est le cas des revenus fonciers qui sont imposables dans l'État de la source (lieu de situation de l'immeuble correspondant au territoire dans lequel les revenus naissent).

§ II Les doubles impositions économiques

2467 La double imposition économique regroupe les situations dans lesquelles deux contribuables sont imposables au titre du même revenu. Tel est le cas des dividendes (l'impôt est payé par deux contribuables différents ; la société et ensuite l'actionnaire).

Section II Les solutions pour éliminer la double imposition

Pour éviter une double imposition partielle ou totale, et en l'absence de convention fiscale, il n'existe en droit interne que deux textes applicables : l'article 784 A du Code général des impôts, qui n'est applicable qu'en matière de droits de succession et de donation, et l'article 980 du même code en matière d'impôt sur la fortune immobilière. Pour l'étude de ces mécanismes, on renvoie le lecteur *infra* , aux n^{os} 2523 et 3510. En présence d'une convention, la double imposition est éliminée par des mécanismes appelés « méthode de l'exonération », laquelle est fréquemment couplée avec la règle du taux effectif **(§ I)** ou de l'imputation (dite également « méthode du crédit d'impôt ») **(§ II)**.

Une même convention peut retenir ces deux méthodes : l'exonération pour un État, l'imputation pour son cocontractant.

§ I Méthode de l'exonération

2468 Ce mécanisme consiste à retirer le droit d'imposer à l'un des deux États afin d'éviter une double imposition. Il existe deux méthodes d'exonération : l'exonération intégrale **(A)** et l'exonération avec progressivité, dite « méthode du taux effectif » **(B)**.

A/ Méthode de l'exonération totale

2469 Un des deux États (celui de la source ou celui de la résidence selon les cas) n'a pas le droit d'imposer les revenus qui ont été perçus dans l'autre État.

En pratique c'est plus souvent l'État de la source qui applique l'exonération intégrale.

(1058) CGI, art. 4 A.

B/ Méthode de l'exonération avec progressivité (ou méthode du taux effectif)

2470 Dans ce cas, l'État qui exonère d'imposition certains revenus conserve le droit de calculer l'impôt afférent aux revenus dont l'imposition lui est réservée, d'après le taux moyen qui serait applicable s'il était tenu compte de l'ensemble des revenus qui seraient imposables d'après sa législation interne.

Concrètement, en présence d'une convention en matière de succession, l'impôt est calculé sur le montant total des biens du défunt, mais il n'est dû qu'en proportion de la part que représentent les biens effectivement soumis à l'imposition dans le montant total des biens.

En pratique, il s'agit souvent de l'État de la résidence du contribuable qui peut utiliser cette méthode, car il a connaissance des revenus mondiaux du contribuable pour fixer le taux effectif, ce qui serait plus difficile en pratique pour l'État de la source.

La méthode du taux effectif est utilisée en matière de convention traitant de l'impôt sur le revenu et en matière de succession et de donation. Cette méthode permet d'appliquer une progressivité constante et illimitée. Elle permet de conserver une égalité entre les résidents français en matière de taux d'imposition.

L'État français, avant les années 1980, avait la préférence pour le mécanisme du taux effectif, mais il lui est désormais préféré le mécanisme du crédit d'impôt égal à l'impôt français.

Dans le cadre des conventions en matière de succession (ou de donation) signées par la France, le taux de l'impôt est calculé suivant la règle du taux effectif, à raison des successions qu'elles visent, que le défunt (ou le donateur) soit domicilié ou non en France au moment du décès (ou de la donation).

En effet, à la différence de l'impôt sur le revenu, il n'y a, du côté français, en matière de droits de mutation à titre gratuit, aucune restriction à l'application du taux effectif à l'égard des personnes n'ayant pas leur domicile fiscal en France.

Exemple

Exemple d'exonération avec progressivité : un défunt, domicilié en France, décède en laissant un enfant marié sans enfant. Les actifs successoraux comprennent : un appartement en Espagne évalué à 300 000 €, le mobilier le garnissant pour 80 000 €, un fonds de commerce en France pour 500 000 €, un immeuble en France pour 800 000 €, le mobilier le garnissant pour 120 000 €, des valeurs mobilières françaises évaluées 30 000 €, du numéraire (au domicile) pour 20 000 €. Soit un actif brut total de 1 850 000 €.
La succession est grevée d'un passif déductible de 80 000 € garanti pour 30 000 € par l'appartement situé en Espagne et afférent pour 50 000 € au fonds de commerce en France.
Détermination de la cotisation de base : on calcule un impôt théorique sur la part nette recueillie par l'ayant droit, en considération de la loi française applicable en l'absence de convention franco-espagnole ; soit une base imposable de 1 770 000 € (actif brut de 1 850 000 € moins le passif déductible pour 80 000 €). Il y a lieu de déduire l' abattement de 100 000 €, soit une part nette imposable de 1 670 000 € et un impôt théorique de 520 678 €.
Détermination du taux moyen d'imposition : on divise le montant de la cotisation de base par le montant de la part successorale nette qui aurait été imposable en France en l'absence de convention, mais avant déduction des abattements personnels qui sont considérés comme des éléments du tarif, déjà déduit pour le calcul de la cotisation de base. Soit un taux moyen d'imposition de 520 678 € / 1 770 000 × 100 = 29,42 %.
Calcul de l'impôt exigible : on applique le taux moyen à la part nette des seuls biens imposables en France eu égard aux dispositions de la convention, sans déduction des abatte-

ments personnels, déjà pris en compte pour le calcul de la cotisation de base et donc pour la détermination du taux moyen de l'impôt, selon la convention :
Biens imposables en France en application de la convention franco-espagnole du 8 janvier 1963 :
- le fonds de commerce (art. 31-1-a) ;
- l'immeuble en France (art. 30) ;
- le mobilier le garnissant (art. 33) ;
- les valeurs mobilières françaises (art. 34) ;
- le numéraire (art. 33).

Soit un actif brut de 1 470 000 €.
Le passif déductible est de 50 000 € (fonds de commerce en France, art. 35-1).
Soit un actif net de 1 420 000 €.
Impôt exigible ; taux moyen de 29,42 % sur 1 420 000 € = 417 764 €
Comparons avec la simple application du tarif aux seuls biens imposables en France :
Les biens imposables sont de 1 470 000 € et le passif déductible est de 50 000 €. Soit un actif imposable de 1 420 000 €. À cette somme il y a lieu de déduire l'abattement (1059) pour 100 000 €, soit une part taxable de 1 320 000 €. Soit après application du barème d'un impôt de 380 678 €.
La règle du taux effectif génère une imposition supplémentaire (417 764 € - 380 678 €) de 37 086 € au titre de la progressivité.

§ II Méthode de l'imputation

2471 Dans cette hypothèse, la convention fiscale ne réserve pas le droit d'imposer à un État en particulier. Les deux États vont imposer le revenu et la double imposition est évitée au moyen d'un crédit d'impôt. Le contribuable peut déduire de l'impôt qu'il doit dans l'État de sa résidence, un crédit d'impôt représentatif de l'impôt payé dans l'autre État. Il s'agit du montant effectivement acquitté et non celui qui serait théoriquement dû.

Le système français réserve le système de l'imputation aux revenus qui font l'objet d'une imposition à la source, tels que les dividendes, intérêts et redevances ou pour les revenus artistiques et sportifs.

L'imputation d'un crédit d'impôts n'est possible que si une convention fiscale l'autorise (1060). En l'absence de convention, aucun crédit d'impôt n'est imputable. Toutefois, dans ce cas particulier, le montant de l'impôt payé à l'étranger devient déductible des revenus sur le fondement des articles 13 et 122 du Code général des impôts.

À titre exceptionnel, et en dehors du domaine conventionnel, le droit interne a prévu deux champs d'application du mécanisme de crédit d'impôt : l'impôt sur la fortune immobilière et les droits de mutation à titre gratuit.

Étudions, dans un premier temps les différentes façons d'appliquer la méthode de l'imputation, qui peut être partielle **(A)**, intégrale **(B)** ou forfaitaire **(C)** puis, dans un second temps, les caractéristiques du crédit d'impôt français **(D)**.

A/ Imputation partielle

2472 En cas d'imputation partielle, le crédit d'impôt est plafonné au montant de l'impôt dû dans cet État sur les revenus qui ont leur source dans l'autre État. Cette solution, qui en pratique a la préférence des États, s'explique par l'acceptation par ces derniers d'annuler leur propre

(1059) CGI, art. 779-I.
(1060) Il existe toutefois une exception pour les revenus de source danoise qui sont imputables hors champ d'une convention ; BOI-INTER-CVB-DNK, n^{os} 170 et s.

impôt, mais par le refus de rembourser au contribuable un impôt payé à l'étranger. Dans ce cas, il persiste une légère double imposition.

B/ Imputation intégrale

2473 Cette méthode est peu utilisée, car les États utilisent plus volontiers l'imputation partielle. Elle consiste à autoriser la déduction de la totalité de l'impôt payé dans l'autre État.

C/ Imputation forfaitaire

2474 Ce mécanisme consiste en la possibilité pour un contribuable de profiter d'un crédit d'impôt dans l'État de sa résidence, même s'il n'y a eu aucun impôt prélevé à l'étranger, ou de profiter d'un crédit d'impôt supérieur au taux de droit commun (applicable dans le pays de la retenue à la source).

Il faut préciser que ce mécanisme de crédit d'impôt forfaitaire n'est plus utilisé dans les nouvelles conventions et que son application se restreint au fur et à mesure de la renégociation des conventions. Cette technique était utilisée par la France pour les conventions qu'elle ratifiait avec les pays en développement.

L'État en voie de développement, pour attirer les investisseurs sur son territoire, réduit son imposition ou ne prélève aucun impôt. Cet État fait un effort, mais l'investisseur n'en profiterait pas (1061) car l'État français a vocation à taxer les revenus mondiaux. L'État en voie de développement perçoit moins d'impôts et l'État développé en perçoit davantage. Par conséquent, le fait d'accorder une imputation forfaitaire corrige ce mécanisme fiscal. Cela permet au contribuable de payer au total moins d'impôts. La mesure spéciale pour encourager les investissements dans le pays à développer retrouve alors de son efficacité (1062).

La France ayant dans certaines anciennes conventions prévu l'imputation d'un crédit forfaitaire, on devra examiner l'article traitant de l'élimination des doubles impositions. Cette technique était prévue en matière de revenus tels que les intérêts et les redevances. Pour les conventions avec certains États d'Afrique francophone, on devra appliquer une « décote africaine » (1063) qui se calcule à l'aide d'une formule qui permet de déterminer directement le crédit d'impôt.

D/ Les caractéristiques du crédit d'impôt français

2475 On pourrait trouver cela surprenant, mais le crédit d'impôt est un revenu. Le contribuable qui profite d'un crédit d'impôt doit l'ajouter à son produit lors de l'établissement de sa déclaration de revenus. Juridiquement il est propriétaire d'une créance contre le Trésor public.

L'administration française plafonne les crédits d'impôt au montant de l'impôt français sur les revenus auxquels ils sont attachés (1064). En cas d'excès de crédit d'impôt non

(1061) Sauf à appliquer le mécanisme de l'imputation forfaitaire.

(1062) Ce mécanisme peut aussi prendre la forme d'une réduction de quelques points du taux d'imposition applicable à la source et parallèlement d'un crédit d'impôt calculé sur la base d'une imposition qui resterait calculée avant application de cette réduction. Ainsi la charge fiscale totale pour le contribuable est inférieure à ce qu'elle serait en l'absence de crédit d'impôt forfaitaire.

(1063) On utilise cette formule sur la base brute des dividendes et on obtient un pourcentage qui sera le résultat de la formule suivante ; 100 – (t + 25) / 2 ; t est le taux de l'impôt prélevé à l'étranger.

(1064) Le crédit d'impôt est plafonné à un montant égal au revenu net étranger auquel est appliqué le taux de droit commun, c'est-à-dire au taux de 33,1/3 % pour l'impôt sur les sociétés et barème progressif pour l'impôt sur le revenu.

imputable, celui-ci n'est pas déductible. Certaines conventions fiscales le précisent clairement. À défaut, l'excédent est peut-être déductible (1065).

Depuis la fin des années 1980, **la France favorise, à l'occasion de la renégociation des conventions, la méthode du crédit d'impôt. Ce crédit d'impôt est égal à l'impôt français.**

Le crédit d'impôt égal à l'impôt français se rapproche du mécanisme du taux effectif en ce qu'il permet que le taux moyen d'imposition du contribuable ne soit pas inférieur à celui d'un autre contribuable français qui ne percevrait que des revenus de source française.

Dans le cas du crédit d'impôt égal à l'impôt français :

- dans le pays étranger : le contribuable paye l'impôt sur les revenus de source étrangère ;
- dans le pays de résidence (France) : l'administration calcule un impôt théorique sur une assiette comprenant tant les revenus de source étrangère que les revenus de source française. Puis elle calcule un crédit d'impôt en multipliant l'impôt théorique par le nombre cent et en le divisant par le montant cumulé des revenus français et ceux de cet État étranger. Enfin, l'impôt éligible est égal à l'impôt théorique auquel on déduit le montant du crédit d'impôt ainsi déterminé.

Ce système donne des résultats d'imposition très proches de celui du taux effectif. Toutefois il est moins intéressant pour le contribuable pour deux raisons :

- en cas de revenu déficitaire à l'étranger, ce déficit n'est pas pris en compte, contrairement au système du taux effectif ;
- selon la rédaction des conventions, le crédit d'impôt peut ne pas être applicable si le contribuable n'est pas soumis à l'impôt dans le pays étranger (dit « pays de la source ») (1066). Dans ce cas particulier, le crédit d'impôt est alors égal au montant de l'impôt étranger qui est nul. Le mécanisme du taux effectif aurait dans ce cas précis permis une exonération d'imposition des revenus étrangers même en l'absence d'impôts étrangers.

Focus

Désormais la France prévoit dans les nouvelles conventions une combinaison entre la méthode du crédit égal à l'impôt français et celle du crédit égal à l'impôt étranger, dans un but de lutte contre l'évasion fiscale (1067). On tient compte des revenus français et étrangers pour le calcul de l'impôt français, si le contribuable est un résident de France, sauf si ces revenus sont exonérés en droit interne (français).

En conclusion

L'absence de convention est la pire des solutions, car nous sommes en présence d'une double imposition. À l'opposé, en présence d'une convention, la méthode la plus avantageuse pour le contribuable est celle de l'exonération intégrale.

(1065) Le juge n'a pas tranché de façon indiscutable ce point.
(1066) Tel est le cas pour la convention fiscale franco-chinoise.
(1067) Tel est le cas de la convention franco-chilienne.

CHAPITRE IV La double exonération

2476 Il faut rappeler que les conventions fiscales ont plusieurs objectifs, notamment : éliminer la double imposition, protéger le contribuable par le biais des clauses de non-discrimination en raison de la nationalité et du lieu de la résidence, et lutter contre la fraude et l'évasion fiscales. Ces points étant rappelés, on s'interroge pour répondre à une question légitime mais subsidiaire relative aux objectifs des conventions : **peuvent-elles permettre une double non-imposition ?**

Pour un praticien, les enjeux de cette question sont évidents, que ce soit dans le cadre d'une convention en matière d'impôts sur les revenus ou de succession ou de donation. L'analyse et les réponses à cette question sont parfois nébuleuses, mais on constatera qu'une volonté européenne fait actuellement évoluer les positions en cette matière, pour converger vers une solution commune à l'ensemble des pays de la Communauté européenne. Après avoir rappelé les enjeux de cette problématique **(Section I)**, on étudiera la position du droit interne français et de la jurisprudence **(Section II)**, puis on analysera cette question à la lumière du droit européen **(Section III)**.

Section I Enjeux et état des lieux

2477 Quel que soit le type de convention (en matière d'impôts sur le revenu, sur la fortune, ou sur les successions), le contribuable s'empresse de la lire pour connaître l'État en droit d'imposer. Il a la fâcheuse conviction, parfois à tort, que cette taxation est exclusive.

Dans le cadre de leurs activités, les notaires sont plus particulièrement amenés à confirmer ou infirmer la compréhension par le contribuable de la lecture par lui faite des conventions. À cette occasion, ils s'interrogent sur cette problématique de l'imposition ou de l'exonération. Cela est évident en présence de conventions sur le revenu à l'occasion de la déclaration des revenus fonciers ou d'une plus-value immobilière réalisée en France ou à l'étranger, mais aussi en matière de succession lors du paiement des droits de mutation.

Un exemple peut être pris avec le cas des droits de mutation à titre gratuit : il existe, sur le plan fiscal dans le cadre des successions internationales, un foisonnement de situations hétérogènes ; quelques pays ne taxent pas les successions, tels que l'Autriche, la Slovénie et le Portugal. Certains autres pays exonèrent d' impôt les successions au profit du conjoint survivant (notamment la France et les États-Unis). D'autres exonèrent la transmission *ab intestat* aux descendants en ligne directe (par ex., le Luxembourg, le Danemark, la République tchèque, l'Ukraine, la Bulgarie). D'autres pays taxent l'actif successoral sans les soumettre à un impôt spécifique. La transmission est alors assimilée à une cession, le fait générateur étant le décès. La succession est donc soumise à l'impôt sur la plus-value, comme le serait une cession ordinaire. Il est ainsi tenu compte de la durée de détention du bien et, le cas échéant, la transmission peut se trouver exonérée. Tel est, par exemple, le cas au Canada. Ce type de fiscalisation a pour effet de faire supporter la fiscalité par la collectivité des héritiers et non par chacun d'entre eux.

Par conséquent, on s'interroge pour répondre à la question de savoir si un actif successoral, exonéré par l'un des pays concernés suite à l'inexistence d'impôts, ou encore en vertu de l'application d'une franchise ou d'une réduction d'impôts ou d'un abattement, peut conduire l'autre pays à retrouver son droit d'imposer.

Selon l'OCDE, l'enjeu économique de l'imposition « manquante » du fait de l'érosion de la base fiscale ou du transfert de bénéfices serait de l'ordre de 240 milliards USD dans le monde (1068). N'oublions pas que les mécanismes aboutissant à des doubles exonérations décriées aujourd'hui par les pays du G20 ont pendant longtemps été encouragés par certains États et tolérés par d'autres, et le sont encore . En effet, des pays du monde entier ont toujours considéré la planification fiscale agressive comme une pratique légitime. Encore récemment, beaucoup d'États adoptaient une vision très territoriale de la fiscalité et ne voyaient pas nécessairement de problèmes dans cette pratique à partir du moment où les règles (nationales) n'étaient pas enfreintes (1069).

Section II En droit interne français et en jurisprudence

§ 1 Les règles matérielles fiscales françaises

Aucun texte ni la doctrine administrative, semble-t-il, ne traitent de ce point. Le silence est le plus complet. À croire que cette question est sans objet et que la réponse est tellement évidente que l'on s'interroge ici sur un problème qui n'existerait pas. Faut-il en conclure qu'une double exonération est la norme ?

En pratique, les conventions fiscales traitent du partage entre les États du droit d'imposer, ce droit n'étant pas exclusif.

Si l'on en déduit que le principe est la double exonération, existerait-il des exceptions ? Certaines conventions ont prévu spécifiquement des dispositions pour éviter les doubles exonérations (notamment la convention franco-italienne) (1070).

En pratique, la France porte une attention particulière au traitement fiscal des personnes exonérées d'impôt dans le pays de leur résidence. Selon un auteur (1071), l'administration considère, d'une façon générale, que ces personnes ne doivent pas bénéficier des conventions fiscales, puisque celles-ci ont pour objet l'élimination d'une double imposition qui, par hypothèse, n'existe pas dans ces circonstances.

Dans le cadre d'une question ministérielle (1072) sur l'uniformisation de la fiscalité au niveau de l'Union européenne, il a été répondu notamment que « le droit européen ne peut se satisfaire d'éliminer les doubles impositions ; il doit assurer qu'un profit ou un revenu est imposé au moins une fois, et à un taux adéquat, au sein de l'Union ».

(1068) www.oecd.org/fr/ctp/conventions/la-cooperation-fiscale-internationale-fait-un-grand-pas-en-avant-avec-la-signature-par-de-nouveaux-pays-accord-decisif-pour-le-renforcement-des-conventions-fiscales.htm, consulté le 24 mars 2018.

(1069) Par ex., le Portugal pour les pensions, l'Italie pour la taxe forfaitaire à 100 000 € par an sur les revenus et gains réalisés à l'étranger, qui s'adresse spécifiquement aux nouveaux résidents qui n'ont pas vécu en Italie durant les dix dernières années précédant leur installation en Italie, l'Israël pour son régime d'exonération totale mais limité dans le temps, soit dix ans.

(1070) En vue d'éviter les doubles exonérations, le point 15 du Protocole dispose que les exonérations d'impôt dans un État prévues par les dispositions de la convention ne trouvent à s'appliquer que si et dans la mesure où ce revenu est imposable dans l'autre État. Pour l'application de cette disposition, il convient d'examiner si la législation interne de ce dernier État l'autorise ou non à imposer le revenu concerné. Dès lors, il n'y aura pas lieu de remettre en cause une exonération prévue par la convention lorsqu'une imposition n'aura pas été établie dans l'autre État en raison d'une erreur ou d'une omission alors que la législation interne de cet autre État prévoyait expressément une imposition. Il y aura lieu en tant que de besoin de mettre en œuvre l'assistance administrative afin de s'assurer de l'existence ou non dans la législation italienne de dispositions permettant l'imposition du revenu concerné (BOI-INT-CVB-ITA-10-50).

(1071) B. Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales*, Francis Lefebvre, 11e éd. 2016, p. 36.

(1072) QE no 60408 de M. P. Morel-À-L'Huissier : *JOAN* Q 4 août 2015, p. 5997.

§ II La jurisprudence

2478 Dans le passé, à l'occasion de contentieux relevant de cette problématique, de très nombreuses décisions de justice opposant le contribuable français à l'administration fiscale exigeaient du contribuable qu'il prouve son assujettissement à l'impôt, en tant que résident dans le pays étranger dont il invoquait la convention. Cette exigence est illustrée par des arrêts concernant l'ancienne convention franco-britannique (1073), mais est également applicable à d'autres conventions (1074).

Si le contribuable démontrait qu'il était assujetti à l'impôt en tant que résident dans un pays signataire, il n'était pas nécessaire que le revenu en cause soit soumis à l'impôt pour invoquer les dispositions des conventions (1075).

Le droit d'imposer dans l'État de la source ne doit pas combler l'insuffisance d'imposition dans l'État de résidence du bénéficiaire si celui-ci est attributaire du droit d'imposer ledit revenu.

Par la suite, la situation a évolué. Désormais, et depuis plusieurs années, le fisc français soutient la thèse qu'un contribuable exonéré d'impôts sur les bénéfices dans un pays qui a conclu avec la France une convention fiscale ne peut être regardé, au sens conventionnel, comme un résident fiscal de cet État.

Sous l'impulsion communautaire européenne, et notamment pour lutter contre l'évasion fiscale, les tribunaux français confirment la volonté d'éliminer la double imposition entre les pays, mais en ne créant pas d'opportunité de doubles exonérations.

Le Conseil d'État dénonce désormais l'application des conventions fiscales signées par la France chaque fois qu'il constate une absence d'imposition ou une situation d'imposition trop faible dans le pays cocontractant.

Dans deux arrêts rendus le 9 novembre 2015 (1076), le Conseil d'État a considéré que les personnes exonérées d'impôt ne sont pas regardées comme « résidentes » au sens des conventions fiscales internationales et ne peuvent donc se voir appliquer les avantages de ces mêmes conventions. En jugeant ainsi, le juge a mis fin à l'ancienne pratique qui voulait que le seul fait d'entrer dans le champ de l'impôt permettait d'être qualifié d'assujetti.

Le Conseil d'État a jugé également qu'un contribuable qui était soumis par la loi d'un État à une imposition annuelle forfaitaire d'un montant modique ne pouvait être regardé comme un résident au sens de la convention fiscale. Une imposition annuelle forfaitaire ne serait pas équivalente à une imposition de droit commun (1077).

Les décisions du Conseil d'État sont claires : les conventions ne doivent plus permettre une double exonération. Le juge va plus loin puisqu'il considère que payer trop peu n'est pas conventionnellement correct.

Certains auteurs (1078) s'interrogent sur le champ d'application de la jurisprudence du Conseil d'État. En effet, les arrêts rendus concernaient des personnes morales dans le cadre des conventions sur le revenu.

(1073) CAA Bordeaux, 9 juill. 1991, n° 89-640. – CAA Paris, 21 mai 1991, n° 89-845.
(1074) CAA Paris, 17 juill. 1990, n° 89-1960 pour la Grèce.
(1075) CAA Paris, 8 oct. 1991, n° 90-296 concernant la convention franco-suisse.
(1076) CE, 9 nov. 2015, n° 370054, *Landesärztekammer* et CE, 9 nov. 2015, n° 371132, *Sté Santader Pensiones SA*.
(1077) CE, 20 mai 2016, n° 389994, *Easy Vista*.
(1078) L. Gayet, *Actes prat. strat. patrimoniale* 2017, n° 4.

Faut-il en conclure que cette jurisprudence doit s'appliquer également aux contribuables personnes physiques dans le cadre tant des conventions traitant des impôts sur le revenu que pour les conventions en matière de succession et de donation ? Il semble qu'aucune décision (1079) ni aucun texte ne permette de l'affirmer à ce jour.

Dernièrement le Conseil d'État a posé pour la première fois (1080) un principe général selon lequel l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales est applicable à une convention fiscale bilatérale même si elle ne prévoit pas explicitement l'hypothèse de la fraude à la loi. Dans ce dossier, l'affaire est née de la situation de double exonération pour les revenus et plus-values de cessions générées par des biens immobiliers situés en France et détenus par des entreprises luxembourgeoises n'y disposant pas d'établissement stable. Le Conseil d'État rappelle qu'une société peut être interposée frauduleusement alors même que sa réalité n'est pas en cause. Cette situation de montages artificiels dépourvus de toute substance économique est nécessairement contraire aux intentions des États parties à la convention (1081).

Section III En droit européen

2479 Depuis les dernières crises économiques, le débat sur la double non-imposition anime l'actualité européenne, que ce soit au niveau de l'Union ou de l'OCDE. Cette dernière institution a rédigé un rapport sur les dispositifs hybrides et a lancé une étude intitulée « BEPS » *Base Erosion and Profit Shifting*). Cette étude entend lutter contre les comportements visant à minimiser la charge d'imposition. L'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS) fait référence aux stratégies de planification fiscale qui exploitent les failles et les différences dans les règles fiscales en vue de faire « disparaître » des profits à des fins fiscales ou de les transférer. Plus de cent pays collaborent et travaillent autour de ce projet.

Dès 2012, la Commission européenne (1082) initiait une consultation publique intitulée « Marché intérieur : exemples concrets de cas de double non-imposition », dans laquelle elle avait identifié un certain nombre de situations de double non-imposition (absence de clause anti-abus, financements d'activité générant un revenu exonéré...). Puis elle publia une communication « sur les moyens concrets de renforcer la lutte contre la fraude fiscale et l'évasion fiscale ». Cette dernière préconisait des solutions pour les combattre (par un renforcement de la coopération entre les États membres, l'adoption de modifications à la directive « Épargne », l'accroissement de l'échange d'informations, etc.). Enfin, le 6 décembre 2012, la Commission publia son **plan d'action** pour lutter contre la fraude et l'évasion fiscales qui était accompagné de **deux recommandations** :

- le plan d'action visait essentiellement l'amélioration progressive de la coopération administrative, la lutte contre la double non-imposition au sein de l'Union européenne et dans les relations avec les pays tiers. Certains auteurs ont alors dénoncé (1083) le lien affiché entre, d'une part, fraude et évasion fiscales et, d'autre part, planification fiscale agressive

(1079) Notamment de la part des tribunaux judiciaires.

(1080) CE, plén. fisc., 25 oct. 2017, n° 396954, *Cts Verdannet : JurisData* n° 2017-020912, concl. E. Crépey, note F. Deboissy.

(1081) Dans cette affaire, M. Verdannet, alors résident fiscal français, s'engage à acheter un bien immobilier en Savoie. Il crée une société holding au Luxembourg dont il détient 99,99 % des parts et dont il est gérant. Cette société se substitue à lui pour acquérir ledit bien. Une année plus tard, la holding vend le bien immobilier en réalisant une plus-value d'environ 2 000 000 €. La cour a estimé que la substitution artificielle de la société luxembourgeoise n'avait eu d'autre but que de faire échapper la plus-value à toute imposition en France.

(1082) Le 29 février 2012.

(1083) *Dr. fisc.* 28 févr. 2013, n° 9, n° 169, étude E. Raingeard de la Blétière.

et lutte contre les paradis fiscaux, indiquant qu'un tel amalgame n'était pas souhaitable, et craignant également que certaines de ces situations soient assimilées à de la fraude ou de l'évasion fiscales sans fondement objectif, légal ;

- **la recommandation relative à la planification fiscale agressive :** la Commission européenne avait pris le soin de définir la planification fiscale agressive, laquelle « consisterait à tirer parti des subtilités d'un système fiscal ou des incohérences entre deux ou plusieurs systèmes fiscaux afin de réduire l'impôt à payer. Parmi les conséquences de cette pratique, on peut citer les doubles déductions (par ex., la même perte est déduite à la fois dans l'État de la source et dans l'État de résidence) **et la double non-imposition** (par ex., des revenus qui ne sont pas imposés dans l'État de la source sont exonérés dans l'État de résidence)« . Elle proposait d'adopter une « même approche générale » afin « de remédier aux situations dans lesquelles un contribuable tire des avantages fiscaux en organisant la gestion de ses affaires fiscales de telle manière que les revenus ne sont imposés par aucune des juridictions fiscales concernées (double non-imposition) ».

À cette fin, la Commission européenne proposait deux mesures :

- la première visait à limiter le champ d'application des règles d'élimination de la double imposition aux situations dans lesquelles il existe une double imposition, que l'on soit en présence d'une disposition de droit interne ou conventionnel. **La Commission proposa aux États membres d'introduire dans leurs conventions fiscales la disposition suivante : « Lorsque la présente convention prévoit qu'un élément de revenu n'est imposable que dans un des États contractants ou qu'il peut être imposé dans un de ces États, il est interdit à l'autre État contractant d'imposer cet élément uniquement si l'élément en question est soumis à l'imposition dans le premier État contractant »** (1084).
  Le revenu est « soumis à l'imposition lorsque celui-ci est considéré comme imposable par la juridiction concernée et qu'il ne bénéficie pas d'une exonération, ni d'un crédit d'impôt intégral, ni d'une imposition à taux nul »;
- la seconde mesure est une règle anti-abus générale ayant vocation à s'appliquer dans l'Union européenne ou plus largement avec les États tiers. Cette disposition prévoit que : « Les montages artificiels ou ensembles artificiels de montages mis en place essentiellement dans le but d'éviter l'imposition et conduisant à un avantage fiscal sont ignorés ».

La Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (CMI) est entrée en vigueur le 1er juillet 2018.

« L'entrée en vigueur de cette convention multilatérale représente un tournant dans la mise en œuvre des efforts déployés par les pays de l'OCDE et du G20 pour adapter les règles fiscales internationales aux réalités du 21e siècle », a déclaré le Secrétaire général de l'OCDE Angel Gurría. « Nous transcrivons nos engagements dans des dispositions juridiques concrètes qui figurent dans plus de 1 200 conventions fiscales à l'échelle mondiale. Grâce à cet élan de la communauté internationale, nous veillons à ce que les entreprises multinationales paient leur juste part lorsqu'il s'agit de remplir leurs obligations fiscales, comme le font les citoyens. »

Cette convention est applicable à ce jour dans dix-sept pays (la Slovénie, l'Autriche, l'île de Man, Jersey, la Pologne, la France, l'Australie, Israël, le Japon, la Lituanie, Malte, la Nouvelle-Zélande, la République slovaque, le Royaume-Uni, la Serbie, Singapour, la Suède). La France est signataire de cette convention depuis le 7 juin 2017. Elle a fait le dépôt de

(1084) Comm. UE, Recomm., pt 3.2.

l'instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation le 26 septembre 2018. Celle-ci est entrée en vigueur le 1er janvier 2019 pour la France.

L'Irlande et Monaco, ont également fait le dépôt de l'instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation.

Cette convention est le premier accord multilatéral de ce type, et permet aux pays signataires de transposer les résultats du projet BEPS de l'OCDE et du G20 dans leurs conventions fiscales bilatérales existantes, transformant la façon dont les conventions fiscales sont modifiées. Elle a été conçue pour renforcer les conventions fiscales existantes conclues entre ses parties sans devoir engager un processus long et complexe de renégociation au niveau bilatéral.

L'OCDE est dépositaire de la convention et aide les gouvernements à mener à bien les processus de signature, de ratification et de mise en œuvre. Les positions adoptées (signature de la convention, dépôt de l'instrument de ratification et date de l'entrée en vigueur) par chaque pays signataire peuvent être consultées sur le site web de l'OCDE. Celles-ci sont accompagnées d'une base de données interactive qui permet de mieux comprendre l'impact probable sur les conventions fiscales couvertes. On trouvera sur la page « oe.cd/mli » le texte de la convention, une note explicative et des informations générales.

Pour connaître la liste des conventions françaises qui seront couvertes par cette convention multilatérale, il est possible de consulter le site « www.oecd.org/tax/traities/bcps-mli-france.pdf ». À l'analyse de cette liste, nous remarquons que plus de quatre-vingt-huit conventions liant la France à d'autres pays devraient être impactées (sous réserve de la signature et de la ratification de la CMI par les deux juridictions parties à cette convention fiscale), principalement des conventions en matière d'impôt sur le revenu et la fortune et, par ricochet, la convention avec le Liban et l'Arabie saoudite en matière de succession (car elles sont incluses dans la convention sur les revenus). La CMI se superpose aux conventions fiscales bilatérales existantes, dont elle modifiera les stipulations et l'interprétation.

Attention

Le notaire qui souhaitera appliquer une convention fiscale devra vérifier si cette convention fiscale et les stipulations spécifiques de celle-ci sont impactées par la CMI et, dans l'affirmative, l'appliquer.

Section IV Conclusion

Depuis le 1er janvier 2019, il est possible d'affirmer clairement que **les conventions visées par la France et contenues dans la liste soumise à la CMI ne permettent plus une double exonération**. **2480**

Le Conseil d'État a quant à lui une position plus stricte. Il estime que non seulement la convention ne permet pas une double non-imposition, mais qu'en présence d'une imposition **elle ne doit pas s'appliquer si l'imposition est de caractère modeste**.

Le critère d'une imposition modeste est difficilement appréciable pour le praticien. Cette notion n'est pas définie par la jurisprudence. Le notaire sera très certainement confronté à des situations où l'interprétation de cette notion le fera douter.

Restera à savoir si cette position est applicable aux personnes physiques et aux conventions en matière de succession (conventions non visées par la CMI).

Dans le doute, en l'absence de jurisprudence de la Cour de cassation sur ce point et afin de sécuriser le dossier que l'on doit traiter, il sera alors recommandé de faire un rescrit.. Pour les dossiers de planification, il sera inutile de vouloir sécuriser la situation sur le plan fiscal, car nous allons certainement connaître une jurisprudence abondante qui s'inspirera de la genèse et des travaux de la CMI.

Conclusion

Il est souhaitable d'indiquer aux personnes nous consultant qu'il existe une évolution jurisprudentielle et européenne restreignant la possibilité d'exonération. **Les revenus doivent être imposés au moins une fois et à un taux adéquat**.

CHAPITRE V Comment lire une convention fiscale ?

2481 En présence d'une convention fiscale, celle-ci s'impose aux États et prend l'ascendant sur les législations internes (1085).

Les conventions ont notamment pour objectif :
- d'éliminer une double imposition. Dans certains cas elles l'atténuent, sans toutefois l'éliminer en totalité.
  Ces conventions éliminent uniquement les doubles impositions juridiques (1086) ;
- de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales (notamment par la mise en place d'échange de renseignements et éventuellement d'une assistance au recouvrement) ;
- de protéger les contribuables contre certaines conséquences négatives du droit interne de l'autre État, notamment une éventuelle discrimination de nature fiscale.

La lecture d'une convention peut être malaisée et incongrue, elle est parfois faussement simple.

Pour savoir lire une convention fiscale, il faut préalablement acquérir des connaissances de base. Ce chapitre vise à remplir cette mission et à attirer l'attention du praticien sur les pièges qu'il peut rencontrer.

Avant de traiter un dossier, il faut se munir de **la dernière convention fiscale à jour**, de son éventuel **protocole**, mais aussi **des commentaires de l'administration fiscale** dans la série internationale publiée au *Bulletin officiel des finances publiques* (site « impots.gouv.fr »), et du Code général des impôts (1087).

Section I Le schéma d'une convention

2482 La convention franco-belge de 1843 serait historiquement la première. Les États se sont principalement intéressés à la fiscalité internationale au lendemain de la Première Guerre

(1085) À l'exception toutefois de certains États (dont les États-Unis).
(1086) Elles n'ont pas pour objectif de traiter la double imposition dite « économique ».
(1087) Le Code général des impôts sera utile en cas de report à la notion de résidence en droit interne et pour les renvois aux notions contenues dans ce dernier.

mondiale. Un premier type de convention, dénommé **modèle de Mexico** (1088) a été établi en 1935.

Ce modèle était trop en faveur des pays en développement, car il favorisait la taxation pour l'État de la source.

En 1946 est né un autre modèle dénommé **modèle de Londres**, qui cette fois a été jugé trop favorable aux nations développées.

Suivront en 1963, à l'initiative des pays « développés », le premier **modèle OCDE** en matière d'imposition des revenus et de la fortune, puis en 1966 le modèle de convention en matière d'impôt sur les successions. Les modèles de l'OCDE font l'objet de mises à jour successives (1089).

La version en vigueur date de juillet 2014. Elle comprend deux classeurs : le premier classeur contient le modèle et ses commentaires, le second des rapports sur des points particuliers.

Parallèlement, fin des années 1960, les pays « en développement » ont négocié avec les pays « développés » au sein de l'ONU un autre type de manuel de négociations ayant donné naissance au **modèle de convention de l'ONU**, dont le premier modèle est né en 1980, et a été révisé pour la dernière fois en 2012.

Les modèles OCDE et ONU sont les « bibles » indispensables des négociateurs des conventions fiscales. **La France, comme la plupart des pays développés, s'efforce d'imposer le modèle OCDE** (1090). En effet, il est plus favorable à notre pays en ce qu'il limite le droit d'imposer de l'État de la source.

La France essaye également de négocier l'introduction de la **clause « de la nation la plus favorisée »**. Cette clause permet, en présence de pays qui refusent les exonérations à la source, de demander l'application de taux de retenue à la source inférieurs à ceux prévus dans la convention fiscale. Tel serait le cas si l'autre État a accepté des taux plus faibles avec d'autres pays avec lesquels la France est en situation de concurrence (principalement les pays de l'OCDE) (1091).

En pratique

On constate que les conventions fiscales signées par la France sont généralement établies sur le modèle OCDE, mais toutefois avec des variantes qui sont liées aux particularités du système fiscal français et parfois étranger (1092).

La France, à l'occasion de la négociation, ou de la renégociation de conventions s'efforce actuellement de réduire les retenues à la source qui sont parfois à l'origine de frottements fiscaux.

Elle définit à cette occasion avec exactitude la notion de société à prépondérance immobilière afin de couvrir et de maintenir en droit interne le plus grand nombre d'impositions en

(1088) En référence à une conférence tenue à Mexico en 1943 par les membres de la Société des Nations (ancêtre de l'ONU) pour réviser le modèle établi en 1935.
(1089) Le modèle OCDE est actualisé en moyenne tous les trois ans.
(1090) Tel est le cas également si la convention est négociée avec un pays en développement.
(1091) Tel est le cas avec l'Inde, le Mexique et le Kenya, notamment pour les dividendes, intérêts et redevances.
(1092) La Direction de la législation fiscale a créé son propre modèle de convention fiscale ; il n'est pas divulgué.

matière de plus-values et d'impôt sur la fortune immobilière. Elle fait disparaître les doubles exonérations et élimine dorénavant la double imposition par le mécanisme de crédit d'impôt égal à l'impôt français (aux lieu et place du mécanisme d'exonération). De plus, elle facilite le contrôle fiscal en imposant l'échange d'informations entre nations et en reprenant désormais l'intégralité de l'article 26 du modèle OCDE et non plus partie de celui-ci (ainsi qu'il était parfois négocié dans le passé).

Les conventions comptent environ une trentaine d'articles pour celles relatives aux impôts sur le revenu et sur la fortune et une vingtaine pour celles concernant les successions et donations. Elles sont souvent complétées par un protocole qui a la même valeur juridique que la convention elle-même et qui contient des stipulations dérogatoires aux règles indiquées par la convention.

Section II Les articles introductifs formant les chapitres I et II

Les articles introductifs sont généralement au nombre de cinq. Ils expliquent la portée de la convention et posent les définitions des termes employés.

Ils indiquent les personnes concernées, les impôts et les territoires. Lors de la lecture de ce premier chapitre de la convention, on doit se poser plusieurs questions : la convention fiscale s'applique-t-elle ? **(§ I)** ; la personne concernée est-elle résidente d'un État ou de deux États ? **(§ II)** ; quelle est la définition des termes utilisés ? **(§ III)** ; l'impôt en cause entre-t-il dans le champ d'application de la convention ? **(§ IV)** ; le client est-il une personne au sens de la convention fiscale ? **(§ V)** ; la résidence du contribuable est-elle située dans le champ d'application géographique de la convention fiscale ? **(§ VI)**.

§ I Question préliminaire : la convention fiscale s'applique-t-elle ?

2483 À titre préliminaire, il faudra vérifier que la convention est en vigueur et qu'elle est applicable. Cela se fera de façon systématique en consultant la liste au BOI-ANNX-000306 qui est mise régulièrement à jour.

On déconseille de conserver les conventions fiscales dans un tiroir de son bureau et de s'y reporter par automatisme.

En pratique

Attention : la date de prise d'effet d'une nouvelle convention peut varier. Parfois elle distingue entre les impôts à la source (pour une application immédiate) et les autres impôts (pour une première application à compter de l'année civile suivant celle au cours de laquelle la convention fiscale est entrée en vigueur).

§ II La personne concernée est-elle résidente d'un État ou de deux États ?

2484 Pour bénéficier de l'application d'une convention, le contribuable doit être résident au sens fiscal de l'un des États, ou résident des deux États à la fois. À défaut, la convention ne s'applique pas. Ce point paraît évident, on doit systématiquement commencer par cette vérification car il arrive que ce prérequis ne soit pas rempli. Posséder la nationalité de l'un des deux pays sera sans intérêt. L'article de la convention dénommé « Résidence » (1093)

(1093) Modèle OCDE en matière d'impôt sur le revenu, art. 4.

indique généralement qu'il faudra vérifier que le contribuable est un résident au sens du droit interne, c'est-à-dire au sens de l'article 4 B du Code général des impôts (V. *infra*, nos 2484 et s.). Vérifier que le contribuable est un résident français au sens du droit interne français semble relativement aisé. En cas de réponse négative, il faudra vérifier s'il est résident du pays cocontractant au sens du droit interne de cet autre État. Cette mission sera plus ténue et nécessite une excellente connaissance du droit interne de cet autre pays, ou à défaut il faudra consulter un fiscaliste de cet autre État. On conseille vivement d'obtenir un avis écrit d'un consultant étranger.

En cas de conflit de domicile dû à une double résidence, et si en application du droit interne de chaque État, la personne concernée peut être considérée comme résidente de chacun d'eux, alors la convention, en application des critères conventionnels, définira l'État de résidence.

Attention

Ne sont pas considérées comme des résidents 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. **Exemple :** une personne qui paye des impôts en France au titre de revenus fonciers pour un appartement loué à Paris et qui paye des impôts en Allemagne au titre de revenus fonciers pour un appartement situé à Berlin, mais qui est résident fiscal en Autriche. Il ne sera ni résident fiscal français ni résident fiscal allemand. Par conséquent, il ne peut demander à bénéficier de la convention franco-allemande pour ses revenus fonciers encaissés en France. Par contre, il pourra bénéficier de la convention fiscale franco-autrichienne pour ses revenus fonciers français.

Dans le cas des **conventions qui n'exigent pas le passage par le droit interne et l'article 4 B du Code général des impôts** (1094) (cas de la convention franco-belge ou de nombreuses conventions conclues avec les pays d'Afrique), il n'y a pas lieu d'en tirer de conséquences particulières du côté français. Ces conventions ne prennent pas appui sur le droit interne et indiquent des critères selon lesquels une personne doit être considérée comme résidente d'un État. Dans ce cas, peut-on réellement passer directement aux critères conventionnels sans avoir besoin de s'interroger sur le droit interne et les critères de l'article 4 B du Code général des impôts ?

Pour le Conseil d'État, il faut toujours en premier lieu se reporter au droit interne et n'appliquer les critères conventionnels que dans un second temps (1095). Cette position est liée à l'idée que les conventions n'ont qu'un rôle « subsidiaire » et qu'il y a lieu de ne les faire jouer que s'il existe un problème de double imposition.

À la différence, **la Cour de cassation** considère qu'il n'y a pas lieu d'examiner le droit interne et applique directement les critères de la convention fiscale (**elle n'applique pas le principe de subsidiarité**).

En pratique, la divergence de position entre le Conseil d'État et la Cour de cassation n'est pas gênante. En effet, le Conseil d'État fait prévaloir *in fine* la convention en cas de contrariété par rapport au droit interne.

(1094) Précisons qu'il existe des conventions qui ne renvoient qu'à la notion de résidence en droit interne (sans ajouter une définition conventionnelle de la résidence). En ce sens la convention franco-irlandaise du 21 mars 1968.

(1095) CE, 10e et 9e ss-sect., 11 avr. 2008, no 285583, *Cheynel : RJF* 7/2008, no 769 ; *BDCF* 7/2008, no 83, concl. C. Landais.

Lorsque le contribuable est considéré en droit interne résidant des deux États, l'application des critères conventionnels permet de résoudre le conflit de domicile et ainsi de connaître quel sera l'État de la résidence (V. *infra*, nos 2484 et s.).

– Le principe de subsidiarité (priorité du droit interne par rapport au droit conventionnel). – Il a été posé par l'arrêt *Schneider Electric* (1096). Ce dernier n'est pas sans effet en matière de **qualification** des revenus et de leur **définition**. En effet, le Conseil d'État considère que les conventions ne donnent que des définitions incomplètes des revenus ou plutôt des énumérations et ainsi il s'autorise au passage au droit interne.

– Exemple du cas *Aznavour* (1097). **–** Dans ce cas, l'artiste Charles Aznavour était résident de Suisse et avait réalisé des concerts en France. Il avait été rémunéré par des versements à une société britannique qu'il détenait. Il souhaitait ainsi échapper à l'impôt en France. Le Conseil d'État requalifie les rémunérations versées à la société britannique comme étant des revenus retirés par l'artiste en vertu du droit interne et plus spécialement de la présomption posée par l'article 155 A du Code général des impôts (le revenu versé à une personne interposée est un revenu retiré par l'artiste). Cette qualification émanant du droit interne français doit être retenue pour l'application de la convention franco-suisse. Par conséquent, la présomption posée par le droit interne français donne à la France le droit d'imposer dans le cadre de la convention franco-suisse et la convention franco-britannique n'est alors plus applicable. Ce principe de priorité retenu par le Conseil d'État est peu compatible avec celui de supériorité des conventions fiscales par rapport au droit interne. Certains auteurs considèrent que le recours aux qualifications de droit interne devrait permettre de déterminer comment la France doit imposer un revenu qu'elle a le droit d'imposer en vertu de la convention, mais non de dire si elle a le droit d'imposer au sens de la convention fiscale (1098).

§ III Quelle est la définition des termes utilisés ?

2485 **Les termes utilisés par la convention sont définis par elle. À défaut de définition**, il faut lui donner **le sens que lui attribue le droit de l'État qui applique la convention**. En cas de conflit d'interprétation avec l'autre État, il faudra alors recourir à la procédure amiable. Un même terme pouvant avoir plusieurs définitions dans un même État, la jurisprudence applique en priorité les définitions émanant de la législation fiscale (1099). En ce sens, la définition fiscale de l'immeuble (immeuble par nature) est préférée à la définition civile (immeuble par destination).

§ IV L'impôt en cause entre-t-il dans le champ d'application de la convention ?

2486 La convention énumère par pays les impôts concernés. Elle définit ainsi son champ d'application. Cette liste est-elle limitative ?

La réponse est négative, car parfois l'impôt est déterminé à l'aide d'une définition contenue dans la convention (1100). En général il est indiqué qu'elle vise **les impôts de nature**

(1096) CE, ass., 28 juin 2002, n° 232276, *Min.* c/ *Sté Schneider Electric : RJF* 10/2002, n° 1080.
(1097) CE, 9e et 10e ss-sect., 28 mars 2008, n° 271366, *Aznavour : RJF* 6/2008, n° 629.
(1098) B. Gouthière, *op. cit.*, § 10650.
(1099) CE, plén., 7 déc. 2015, n° 357189, *Min.* c/ *Sté Crédit industriel et commercial : RJF* 2/2016, n° 123.
(1100) Exemple : on rencontre dans les conventions l'expression « impôts assis sur le montant global des salaires payés par les entreprises ». Dans ce cas, la convention s'applique à la taxe sur les salaires.

identique ou analogue qui s'ajouteraient dans l'avenir. Ainsi les conventions sur la fortune ont continué automatiquement à s'appliquer à l'impôt de solidarité sur la fortune puis à l'impôt sur la fortune immobilière (V. *infra*, n° 2531).

Les conventions fiscales s'appliquent aux impôts collectés par l'État. À titre exceptionnel elles peuvent s'appliquer aux impôts collectés par les subdivisions politiques ou collectivités locales : tel est le cas en France de l'ancienne taxe professionnelle.

À l'étranger, on constate que les États fédérés (en général), refusent que les impôts sur les revenus à l'échelon étatique entrent dans le champ d'application de la convention. Tel est le cas pour le Canada, les États-Unis et le Chili.

§ V Le client est-il une personne au sens de la convention fiscale ?

2487 En matière de personne physique ou pour les sociétés classiques (sociétés de capitaux), il n'existe pas de difficulté, la question devient plus difficile en présence de sociétés de personnes (*partnerships*), de groupement d'intérêts économiques, ou autres.

En effet, dans ce cas les bénéfices ne sont pas directement imposables au niveau de la société, mais au niveau personnel des associés. Cela rend très compliqué le traitement fiscal. Pour certains pays il ne s'agit pas de sociétés mais de juxtapositions d'entreprises, pour d'autres il s'agit de sociétés comme les autres, même si celles-ci ne payent pas l'impôt. En droit français nous qualifions ces sociétés de personnes de sociétés translucides. Il s'agit des sociétés en nom collectif, sociétés en commandite simple, sociétés de participation, sociétés de fait, groupements d'intérêts économiques, et sociétés civiles.

En droit américain il existe deux types de sociétés de personnes ; les *general partnerships* et les *limited partnerships*. Ces sociétés sont transparentes sur le plan fiscal et leurs personnalités morales sont juridiquement reconnues en France (1101).

Le problème est de savoir si ces sociétés de personnes sont résidentes au sens conventionnel. Une société de personnes est une « personne » au sens de la convention fiscale puisqu'il s'agit soit d'une société, soit d'un groupement de personnes. Par contre, on peut s'interroger sur sa qualité de résident.

En effet, la notion de résidence est liée à une condition d'assujettissement à l'impôt. Le problème est qu'une société de personnes n'est pas, en tant que telle, assujettie à l'impôt puisque celui-ci est payé par les associés et non par la société.

Les commentaires de l'OCDE depuis 1999 indiquent que lorsqu'une société de personnes est traitée comme une société ou imposée de la même manière, il s'agit d'un résident qui peut bénéficier de la convention et qu'à l'inverse, si elle est fiscalement transparente, alors elle ne saurait être considérée comme un résident.

Dans ce cas, les commentaires de l'OCDE indiquent que la convention est applicable aux associés qui deviennent éligibles à concurrence de leur quote-part de revenu, au bénéfice des dispositions des conventions conclues par les États dont ils sont résidents.

L'administration française considère que les sociétés de personnes françaises sont, pour l'application des conventions fiscales du côté français, considérées comme des résidents de France.

(1101) Cass. 1re civ., 17 mars 2011, n° 10-30.283, *Sté F. c/ Cabinet O : RJDA* 10/2011, n° 807.

§ VI La résidence du contribuable est-elle située dans le champ d'application géographique de la convention fiscale ?

2488 Pour la France, le champ d'application a été défini *supra*, aux n^{os} 2431 et suivants. Rappelons qu'il s'agit de la France comprenant les départements européens et d'outre-mer. On considère que les territoires français dotés de l'autonomie fiscale doivent être exclus (c'est-à-dire les collectivités territoriales d'outre-mer).

Le cas de la France n'est pas un cas particulier. D'autres pays, tels que les États-Unis, les Pays-Bas et le Royaume-Uni ont un champ d'application de leurs conventions limité à une partie de leur territoire, ou excluant des îles ou territoires avec lesquels ils ont des relations spéciales.

Section III Le corps de la convention. Articles formant les chapitres III, IV et V

Ces chapitres forment le corps de la convention et traitent de la répartition du droit d'imposer et des techniques d'élimination des doubles impositions.

§ I La répartition du droit d'imposer

2489 Les conventions répartissent le droit d'imposer, en listant revenu par revenu et en indiquant le pays qui aura le droit d'imposer. Or, selon le modèle OCDE, on constate que :

- **les revenus imposables exclusivement par l'État de résidence sont :** les bénéfices des entreprises ; les redevances (1102) ; les gains en capital (sauf les plus-values immobilières) ; les revenus d'emploi et les pensions privées ;
- **les revenus imposables (mais non exclusivement) dans l'État de leur source sont (dans les nouvelles conventions) :** les revenus fonciers ; les bénéfices d'un établissement stable ; les revenus passifs (dividendes et intérêts) ; les plus-values immobilières ; les revenus de l'emploi (sauf si mission temporaire dans l'État de la source) ; les revenus des artistes et sportifs ;
- **les revenus exclusivement imposables dans l'État de leur source sont :** les rémunérations « publiques » (1103) ; les pensions « publiques » (1104) mais aussi, dans les anciennes conventions utilisant le taux effectif, les revenus fonciers et les plus-values immobilières.

Dans la pratique, les États sont libres de s'écarter de cette répartition. Il faudra lire avec attention la convention.

En pratique

Lorsque la convention indique **la formule « tel revenu n'est imposable que dans tel État »**, il faudra **se méfier**. Il ne faut pas retenir cette formule à la lettre, car cette affirmation peut être vidée de son sens dans la clause relative à l'élimination des doubles impositions.

(1102) Dans le modèle de l'ONU, il y a un partage du droit d'imposer les redevances entre les pays.
(1103) Rémunération payée par un État ou une collectivité locale ou une subvention politique de cet État, au titre de services rendus.
(1104) Sauf si elles sont payées à un résident de l'autre État qui a également la nationalité de cet État.

§ II L'élimination de la double imposition

2490 Les lecteurs sont invités à se reporter au chapitre III du titre I de la partie IV. On rappelle que les conventions n'ont pas vocation à créer des impôts. En revanche, il arrive (très rarement) que les conventions organisent volontairement la double imposition (1105).

§ III Comment la convention fiscale qualifie-t-elle le revenu ?

2491 Ce point est important. En effet, la convention définit dans différents articles les types de revenus et indique celui des États qui est en droit de les taxer. Or, il faut préalablement s'assurer de notre compréhension des définitions conventionnelles, car parfois elles diffèrent du droit commun et du sens habituel.

En cas de difficulté, le juge par principe renvoie aux définitions de droit interne. En pratique, le basculement au droit interne est fréquent, il a été jugé pour les dividendes (1106) et pour les intérêts (1107).

§ IV Que doit-on faire si le revenu qu'on souhaite qualifier n'est pas visé dans la convention fiscale ?

2492 Dans ce cas particulier, il faudra suivre la règle énoncée à l'article sur **les revenus « non dénommés »**. Généralement ces revenus sont imposés dans l'État de résidence (1108).

On peut citer comme exemple de revenus non dénommés : des revenus d'origine indéterminée, une indemnité en contrepartie d'une renonciation à l'exercice de stock-option (1109), de sommes détournées (1110).

Dans le cas d'une convention fiscale (1111) ne contenant pas d'article sur les revenus non dénommés, alors chaque pays appliquera sa législation interne.

Précisons également que d'autre fois la convention prévoit un article sur les revenus non dénommés, mais la convention ou son protocole précise qu'il n'est pas applicable à tel type de revenus.

En ce sens, la convention franco-géorgienne du 7 mars 2007 : son protocole exclut le jeu de l'article relatif aux « autres revenus » pour les gains provenant de jeux.

Dans la pratique, le notaire peut également rencontrer des **difficultés**, notamment **pour qualifier les revenus de parts de sociétés immobilières** : revenus immobiliers ou revenus de parts et actions ?

On se gardera de lister toutes les difficultés de qualification des revenus, mais il faut retenir que cet exercice est parfois très compliqué, et qu'il faut lire avec beaucoup d'attention la convention **et** son protocole éventuel, en se gardant de faire des interprétations *a contrario*.

(1105) En ce sens, la convention fiscale franco-japonaise pour les intérêts versés à des résidents de France par des *Tokumei Kumiai*.

(1106) En ce sens, le juge considère que la définition des dividendes contenue dans la convention franco-néerlandaise du 16 mars 1973 n'est pas une définition, mais une énumération : CE, 8e et 9e ss-sect., 13 oct. 1999, nº 190083, *Min.* c/ *SA Banque française de l'Orient*.

(1107) CE, 9e et 10e ss-sect., 27 juill. 2001, nº 215127, *SA Golay Buchel France : RJF* 11/2001, nº 1428 ; *BDCF* 11/2001, nº 140, concl. G. Goulard.

(1108) En ce sens, Modèle de convention fiscale OCDE, art. 21.

(1109) CE, 3e et 8e ss-sect., 4 oct. 2013, nº 351065, *Clive-Worms : RJF* 1/2014, nº 29 ; *BDCF* 1/2014, nº 6, concl. E. Cortot-Boucher.

(1110) CAA Douai, 2e ch., 14 avr. 2015, nº 13DA00866 : *RJF* 10/2015, nº 829.

(1111) En ce sens, Conv. franco-brésilienne 10 sept. 1971.

§ V Quelles sont les règles d'imposition des revenus prévues par la convention ?

2493 Est-on en présence de la méthode de l'exonération ou de l'imputation ? La réponse à cette question se trouvera dans l'article dédié de la convention, mais également en combinant cet article avec les autres articles de la convention.

L'article dédié indique lequel des deux États(ou les deux)est en droit d'imposer tel type de revenus. La convention prévoit les modalités pour éliminer la double imposition.

A/ Que doit-on comprendre dans la formulation « sont imposables » dans un État ?

2494 Cette expression indique seulement que ces revenus **peuvent** (et non pas doivent) être imposés dans cet État. Pour être imposé, il faudra que la législation interne de ce pays l'ait prévu. *Quid* alors dans l'autre État ? Cette expression est sans lien avec le fait que cet autre État puisse ou pas imposer ce revenu. Par conséquent, ce n'est pas parce qu'un État peut imposer que l'autre État ne peut pas imposer.

B/ Que doit-on comprendre dans la formulation « ne sont imposables que » dans cet État ?

2495 Dans ce cas, on donne à un État le droit d'imposer et on le retire à l'autre. Tel est le cas en principe des revenus **exclusivement** imposables dans l'État de la résidence du contribuable ou dans l'État de leur source.

Dans les conventions, on rencontre parfois une expression selon laquelle les revenus **« sont imposés »** au lieu du terme « imposables ». Dans ce cas particulier, l'État doit imposer les revenus visés, même si la législation interne ne le prévoyait pas.

C/ La combinaison des articles contenus dans les conventions

2496 Pour comprendre le mécanisme d'élimination des doubles impositions, il faut parfois combiner la lecture de plusieurs articles : l'article le plus précis doit être appliqué en priorité vis-à-vis de l'article général. Tel est le cas de celui des dividendes qui doit prévaloir sur l'article traitant des « bénéfices des entreprises ». Enfin, les articles déterminant la règle d'imposition doivent être lus en les combinant avec ceux sur l'élimination des doubles impositions.

Section IV Les dispositions terminales

2497 Ces dispositions sont contenues dans une série de sept à huit articles qui traitent des modalités pratiques d'application de la convention (notamment l'entrée en vigueur, la procédure amiable pour traiter des difficultés d'application de la convention et éventuellement l'arbitrage) et de la lutte contre l'évasion et la fraude fiscales internationales.

Section V Le protocole éventuel

2498 Il s'agit d'un protocole annexé qui précise certaines dispositions de la convention et qui sert à dissiper les doutes que la rédaction de certains articles aurait pu faire naître. Par conséquent, on se doit de le lire.

Section VI Autres principes

§ I L'interprétation de la convention

2499 Il n'existe pas de principes généraux qui permettraient d'interpréter l'article ambigu d'une convention fiscale.

Sans que cela ait un caractère absolu, en présence d'une convention fiscale conforme au modèle de l'ONU ou de l'OCDE on pourra se référer aux commentaires publiés en annexe à ces modèles qui sont destinés à éclairer leur sens et leur portée. Ces commentaires ont valeur de travaux préparatoires. D'ailleurs, la jurisprudence y fait parfois référence, mais refuse de retenir des commentaires qui seraient postérieurs à la convention (1112). Par conséquent, il ne faudra pas suivre la position du Comité fiscal de l'OCDE qui préconise que les conventions doivent être interprétées en tenant compte des commentaires révisés (1113). Normalement l'interprétation d'une convention est du domaine du ministre des Affaires étrangères. Or ce dernier à un rôle très marginal. Cela étant, le Conseil d'État a jugé qu'il était compétent pour interpréter une convention sans préalablement être obligé de consulter le ministre pour interprétation (1114).

La Cour de cassation admet également l'interprétation des traités, sauf en présence de « droit international public ».

L'interprétation des conventions peut également être demandée par le contribuable à l'autorité compétente dans le cadre de la procédure amiable (1115).

Pour interpréter les conventions, on se doit également de se reporter au *BOFiP* (1116) qui contient des indications, mais qui n'interprète que certaines stipulations des conventions en jeu, notamment pour la convention franco-américaine.

§ II Conflit entre le droit conventionnel et le droit interne

2500 En cas de conflit entre le droit conventionnel et le droit interne, celui-ci sera résolu au bénéfice de la convention.

Cette solution peut être à l'origine d'une exonération d'imposition pour le contribuable, même si le droit interne prévoyait une imposition. La Cour de cassation applique directement ce principe.

D'autre part, une convention fiscale peut être le fondement d'une imposition (1117), même s'il s'agit de revenus non imposables d'après le droit interne français. Pour certains fiscalistes (1118), les articles 4 *bis*, 165 *bis* et 209, I du Code général des impôts sont une autorisation expresse du législateur donnant un fondement légal interne à une imposition qui serait générée par une convention fiscale.

(1112) CE, sect., 30 déc. 2003, n° 233894, *SA Andritz : RJF* 3/2004, n° 238 ; *BDCF* 3/2004, n° 33, concl. G. Bachelier.
(1113) Modèle OCDE, commentaires, Introduction, nos 33 et s.
(1114) CE, 28 févr. 1913, *Ce des Chemins de fer de l'Est : Rec. CE* 1913, p. 307.
(1115) En France, le contribuable doit saisir la Direction de la législation fiscale, sous-direction E, bureau E1, 139 rue de Bercy, 75572 Paris Cedex 12.
(1116) *BOFiP* n° 1072.
(1117) La convention ne crée pas d'impôts, mais dans ce cas elle élargit l'assiette des revenus entrant dans une catégorie imposable.
(1118) J. Arrighi de Casanova, note ss l'arrêt *Memmi*, CE, 8e et 9e ss-sect., 17 mars 1993, n° 85894 : *RJF* 5/1993, n° 612.

En cas de litige, la qualification fiscale que le juge français peut donner à un revenu ou une activité est déconnectée de celle que l'institution judiciaire ou celle que l'État étranger a pu donner. À ce propos, on peut remarquer que le juge français applique les catégories qui sont pour lui familières en droit interne et n'accepte d'appliquer les définitions des conventions que si elles sont suffisamment précises.

Prioritairement, le Conseil d'État interprète littéralement les conventions fiscales. Toutefois, il lui arrive de rechercher l'intention des auteurs en faisant référence aux commentaires de l'OCDE.

Enfin, il faut également avoir à l'esprit que les conventions n'interdisent pas ce qu'elles ne prévoient pas, c'est-à-dire que **le droit interne s'applique sauf si le texte de la convention l'interdit**.

TITRE II

Les plus-values

CHAPITRE I Plus-value immobilière des résidents français à l'occasion d'une vente à l'étranger

2501 **– Introduction. –** Le présent chapitre ne traitera pas de l'imposition des plus-values immobilières des non-résidents à l'occasion de la vente d'un bien situé en France. Pour l'étude de cet impôt, il est renvoyé aux travaux de la quatrième commission.

Seule sera étudiée **l'imposition des plus-values lors de la cession d'un bien immobilier situé à l'étranger détenu par un résident français** (1119). Le lecteur est invité par conséquent à faire preuve de curiosité en lisant le présent chapitre. En effet, certains découvriront que la vente d'un bien immobilier situé à l'étranger est souvent taxable au titre des plus-values en France et que la liquidation de cet impôt est particulièrement technique.

Les spécialistes en droit international, les notaires, les banquiers ou les avocats qui interviennent à l'occasion d'*estate planning* ne peuvent plus ignorer l'existence et la technique de liquidation de cet impôt. D'autre part, le notaire peut être sollicité dans le cadre d'un dossier en droit de la famille pour rédiger une clause de déclaration d'origine de deniers faisant mention du produit de la vente d'un bien immobilier situé à l'étranger.

(1119) En ce qui concerne l'impôt sur le revenu, la « France » s'entend de la France métropolitaine et des départements d'outre-mer, à l'exclusion des collectivités suivantes : Saint-Pierre-et-Miquelon, Wallis-et-Futuna, la Polynésie française, la Nouvelle-Calédonie, les Terres australes et antarctiques françaises (TAAF), l'île de Saint-Barthélemy et la partie française de l'île de Saint-Martin. Ces derniers territoires sont considérés comme étrangers au sens de la fiscalité directe.

Il faudra alors qu'il s'interroge : le prix de la vente peut-il être réinvesti en totalité dans l'achat d'un nouveau bien, ou faut-il déduire le montant d'un éventuel impôt dû en France ? L'imposition est-elle personnelle à l'un des deux époux ou commune ? Les réponses à ces questions, on le présage, modifieront la liquidation de la communauté ou de l'indivision.

Sur un plan économique, quel intérêt aurait l'État à confier la mission de liquidation de cette taxe (préalablement à tout rapatriement des fonds) aux notaires de France pour améliorer sa collecte ? En effet, il semble que peu de résidents soient informés de l'existence de cette imposition et l'on serait curieux de connaître son réel taux de recouvrement.

Si on combine : l'entrée en application de l'échange automatique des données entre les pays ; l'obligation de déclaration des comptes à l'étranger (et les impôts, amendes et sanctions pénales ; V. *supra*, n^os^ 2294 et s.) ; la volonté affichée des acteurs internationaux de lutter contre l'évasion fiscale à un niveau désormais mondial, alors l'ensemble de ces éléments peut laisser penser que le moment est opportun pour informer les notaires et les contribuables de l'existence de cette imposition.

On aura l'occasion, lors de cette étude, de constater que la technique de calcul de l'impôt semble parfois « à améliorer », particulièrement en l'absence de convention fiscale. Cela crée une double imposition ou plus précisément ne permet pas la déductibilité de l'impôt payé dans l'État de situation de l'immeuble (or, le bien immobilier étant situé à l'étranger, le contribuable pourrait s'interroger sur l'équité de ce mécanisme).

Enfin, il n'est ici traité que des plus-values réalisées par des personnes physiques (1120) dans le cadre de la gestion purement privée de leur patrimoine, à l'exclusion des activités de marchands de biens ou assimilés.

Ces plus-values ne bénéficieront pas de l'éventuelle suppression des prélèvements sociaux pour les non-résidents de l'Union européenne, de l'Espace économique européen ou de la Suisse proposée par la loi de finances de 2019.

Il sera traité des principes d'imposition **(Section I)**, puis de cas pratiques **(Section II)**.

Section I Principes généraux

§ 1 En droit interne

2502 Le cédant d'un droit réel immobilier ou d'un bien situé à l'étranger s'attend à l'existence d'une imposition au titre de la plus-value au profit de l'État de localisation de l'immeuble : il a le réflexe de s'interroger sur l'obligation de paiement de cet impôt et de ces modalités. Le vendeur ne doit pas s'imaginer que celui-ci est exclusif et qu'il crée *ipso facto* une exonération en France.

Ce mécanisme n'est pas particulier aux plus-values, mais s'applique également pour la généralité des revenus (cf. par ex. le revenu foncier, étudié *infra*, n° 2515).

En droit interne, il est fréquent que le principe de l'imposition au profit de l'État du lieu de situation des immeubles soit posé. On comprend aisément cette position, la plus-value ayant pour source le territoire du pays de son implantation. Il existe toutefois des

(1120) Les plus-values réalisées à l'occasion d'une vente par une société à prépondérance immobilière ou les cessions de parts de ces sociétés sont volontairement exclues. Ces dernières sont également, dans certains cas, imposables en France. Nous avons décidé de ne pas traiter ces cas à l'occasion de ce Congrès, mais ces derniers mériteraient un développement approfondi.

exceptions et le fiscaliste se doit de procéder à un examen détaillé du régime fiscal applicable dans l'État d'implantation du bien.

§ II En droit conventionnel

2503 En présence d'une convention, cette dernière indique lequel des États sera en droit d'imposer les plus-values. En principe, elles le sont au lieu où les immeubles sont situés. L'article 13 du modèle OCDE précise en son paragraphe 1 : « Les gains qu'un résident d'un État contractant tire de l'aliénation de biens immobiliers visés à l'article 6, et situés dans l'autre État contractant, sont imposables dans cet autre État ». Dans la pratique, on rencontre presque exclusivement des conventions donnant le droit d'imposer (à titre exclusif ou non) à l'État de situation du bien.

Attention, il ne faut pas en déduire, lorsqu'une plus-value est taxable dans l'État de situation du bien, qu'elle ne l'est pas également dans l'État de la résidence du vendeur. **Le terme « est imposable » n'équivaut pas à affirmer « n'est imposable que »**.

Par conséquent, le fait de donner à l'un des pays le droit d'imposer ne retire pas le droit d'imposer de l'autre pays.

En revanche, si la convention utilise le terme « n'est imposable que » dans l'État de situation du bien, ce droit devient exclusif et l'autre État ne peut plus imposer la plus-value.

En présence d'une convention fiscale, et en cas d'existence d'une clause de non-discrimination, l'État où se trouve le bien immobilier ne peut imposer autrement ou plus lourdement les non-résidents que les nationaux qui se trouvent dans la même situation. Celle-ci est reprise à l'article 24, § 1 du modèle OCDE (1121).

D'autre part, la jurisprudence affirme ce principe (de non-discrimination) en matière d'imposition des plus-values immobilières. En effet, la Cour de justice des Communautés européennes indique que l'imposition d'un non-résident ne peut être supérieure à celle que supporterait un résident (1122).

2504 **– Quel est le vocabulaire retenu dans les conventions pour définir la notion de « plus-value immobilière » ? –** Cette notion n'est pas définie spécialement dans les conventions, ni dans le modèle OCDE. On doit se référer à celle qui est définie par la législation interne fiscale du pays en droit de taxer (et non pas à la notion de plus-value immobilière telle que définie par la législation interne « en général »). Les commentaires de l'OCDE ainsi que la jurisprudence française confirment cette référence aux définitions données par la législation fiscale (1123).

Plus particulièrement, il faudra être attentif en cas de cession de droits démembrés, nue-propriété et usufruit, mais également en cas de cession de promesses de vente, qui peuvent

(1121) Modèle OCDE, art. 24, § 1 : « Les nationaux d'un État contractant ne sont soumis dans l'autre État contractant à aucune imposition ou obligation y relative, qui est autre ou plus lourde que celles auxquelles sont ou pourront être assujettis les nationaux de cet autre État qui se trouvent dans la même situation, notamment au regard de la résidence. La présente disposition s'applique aussi, nonobstant les dispositions de l'article 1, aux personnes qui ne sont pas des résidents d'un État contractant ou des deux États contractants ».

(1122) CJCE, 11 oct. 2007, aff. 443/06, *Hollmann*.

(1123) L'article 3, § 2 du modèle OCDE indique que pour l'application de la convention à un moment donné par un État, tout terme ou expression qui n'y est pas défini a, (...), le sens que lui attribue, à ce moment, le droit de cet État concernant les impôts auxquels s'applique la convention. Le modèle OCDE complète en indiquant que le sens attribué à ce terme ou expression par le droit fiscal de cet État prévaut sur le sens que lui attribuent les autres branches du droit de cet État.

ou non être assimilées à des immeubles dans le droit interne des pays en cause. Il conviendra de se reporter au droit interne de l'État concerné, afin d'examiner si la cession porte effectivement, en droit interne, sur un bien immobilier, auquel cas cet État pourra éventuellement imposer.

En présence d'une convention fiscale, et afin d'éliminer la double imposition, la France est parfois privée du droit d'imposer. Elle tient compte de la plus-value réalisée à l'occasion de la vente pour l'application du taux effectif ou du crédit d'impôt égal à l'impôt français (même raisonnement et fonctionnement que pour les revenus fonciers).

Les conventions fiscales récentes reposent cependant sur la méthode du « vrai » crédit d'impôt : la double imposition étant éliminée par un crédit égal à l'impôt étranger et non l'impôt français (par ex. : les conventions fiscales signées avec le Royaume-Uni, l'Espagne et les États-Unis) (1124).

§ III Le formalisme de la déclaration de plus-values immobilières

2505 La doctrine administrative et la loi ne détaillent pas les modalités pratiques des formalités. Dans les faits, le contribuable devra déposer :

1. dans le mois de la cession, au centre des impôts dont il dépend, un formulaire n° 2048-IMM, accompagné du montant des droits dus. Si ce service refuse le dépôt indiquant à tort qu'il n'est pas compétent, il est alors conseillé de l'adresser au bureau des non-résidents de Noisy-le-Grand ;
2. et une déclaration de ses revenus étrangers en annexe à sa déclaration annuelle de revenus (déclaration n° 2047). La plus-value n'est pas à reporter sur la déclaration des revenus n° 2042. Pour permettre une meilleure compréhension de ces mécanismes, on va traiter deux cas pratiques : ils concerneront une plus-value réalisée par un résident français à l'occasion de la vente d'un bien situé à l'étranger, en l'absence, puis en présence d'une convention fiscale.

Section II Cas pratiques

§ I Cas pratique n° I : Liquidation d'une plus-value en l'absence d'une convention fiscale

2506

France-Uruguay

M^me^ F a acquis en date du 22 décembre 2008 une propriété en Uruguay moyennant le prix de 100 000 $US. En janvier 2017, M^me^ F revient en France et s'installe en région parisienne. Elle met alors en vente son ancienne résidence située hors de France et, en date du 16 novembre 2017, la propriété est revendue pour un prix de 400 000 $US. Le vendeur paye des frais d'agence pour une somme de 24 000 $US. L'impôt sur la plus-value qui a été payé en Uruguay s'élève à 32 759 $US (1 008 334 pesos).

Remarques générales. – Il n'existe pas de convention fiscale éliminant la double imposition entre la France et l'Uruguay.

Rappel : l'article 4 A du Code général des impôts (1125) pose le principe que les personnes physiques fiscalement domiciliées en France sont passibles de l'impôt sur le revenu sur les

(1124) *Mémento Patrimoine Francis Lefebvre,* Fasc. 18812.

(1125) CGI, art. 4 A : « 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 ».

revenus de source française et étrangère. Imposition confirmée pour la plus-value immobilière réalisée à l'étranger par l'administration fiscale (1126). La non-résidence fiscale s'apprécie au jour de la cession.

En l'espèce, Mme F était résidente française au moment de la vente puisqu'elle s'était réinstallée en région parisienne quelques mois avant la régularisation de l'acte.

Techniquement, **on calcule l'assiette taxable de la plus-value du bien vendu hors de France comme si le bien vendu se situait sur le territoire**.

Le prix de la vente, s'il a été payé en monnaie étrangère, doit être déclaré pour sa contre-valeur en euros, calculée d'après le cours de change à Paris au jour de **l'encaissement** (1127).

Ainsi, les éléments de détermination de la plus-value (notamment le prix de cession, le prix d'acquisition du bien, les charges venant en majoration ou en minoration) libellés dans une devise autre que l'euro doivent impérativement être convertis en euros par application du taux de change à la date de chaque opération (antérieurement à la mise en place de l'euro, cette conversion sera d'abord effectuée de la devise étrangère en francs ; ce dernier montant est par la suite converti en euros au taux de 6,55957 F/€).

Liquidons la plus-value

À propos du prix mentionné dans l'acte de vente en Uruguay : le montant indiqué dans l'acte de vente en Uruguay est en dollars. La monnaie en Uruguay est le peso. En pratique, il est fréquent de rencontrer des ventes libellées dans une monnaie étrangère à celle du pays du lieu de situation du bien. Principalement en Amérique du Sud, cet usage s'explique par une volonté de sécuriser les taux de change entre le moment de la régularisation du compromis et la vente.

Le contribuable doit convertir les sommes en euros d'après le cours de change à Paris **au jour de l'encaissement**. Si cet exercice semble simple en théorie, il l'est beaucoup moins en pratique. Quel site utiliser par la conversion ? Et quel montant retenir si le prix a été exprimé dans deux monnaies différentes dans les actes reçus à l'étranger ?

Le prix d'achat, puis celui de vente et les éventuelles charges doivent être convertis en euros par application du taux de change à la date de chaque opération. Pour réaliser ces conversions, on conseille d'utiliser le site de la Banque de France.

Dans notre cas, la parité euro-dollar à la date de cession, soit le 16 novembre 2017, est de 1 € pour 1 1771 $, le prix de cession est donc égal à 339 818 €. La parité euro-dollar à la date d'acquisition, soit le 22 décembre 2008, est de 1 € pour 1,4 $, le prix d'acquisition est donc égal à la somme de 71 582 €.

Si les frais de notaire ont été payés en pesos, il y aurait lieu de convertir ceux-ci en utilisant la parité euro/pesos, sauf utilisation du forfait de 7,5 %. En l'espèce nous retiendrons le forfait.

Pour le cas où les actes contiennent une clause « Prix » indiquant ce dernier dans deux monnaies différentes (cas par exemple d'une vente exprimant un prix en dollars et indiquant la contre-valeur en pesos), on pense que le montant du prix d'achat peut être converti en retenant l'une ou l'autre des monnaies exprimées dans l'acte. Aucun texte ne semble s'opposer à ce libre arbitrage.

Ce mécanisme ne sera pas sans enjeu lorsqu'il faudra convertir le prix d'achat du bien si celui-ci date de plusieurs années et que les monnaies ont évolué de façon divergente.

À propos de l'impôt de plus-value payé hors de France : la vente a généré en Uruguay le paiement d'un impôt de plus-value pour un montant de 1 008 334 pesos uruguayens. Aucun article du Code général des impôts ne permet de déduire cette somme payée hors de nos frontières de l'impôt qui sera dû en France.

En effet, rappelons qu'**il n'existe pas de mécanisme de crédit d'impôt en droit interne français, en ce qui concerne l'imposition des revenus.**

(1126) BOI-RFPI-PVI-10-20, n° 1 : « Tous les immeubles, qu'ils soient bâtis ou non bâtis, constituent des biens imposables. Il n'est pas tenu compte : de l'origine de propriété du bien cédé (acquisition à titre onéreux ou à titre gratuit) ; de l'intention spéculative ou non des cédants ; de l'affectation ou de la destination du bien ; de la localisation des biens qui peuvent être situés en France ou hors de France, sous réserve des conventions internationales ».

(1127) BOI-RFPI-PVI-20-10 : le montant de la plus-value immobilière doit être déterminé pour sa valeur en euros.

Cet impôt de plus-value payé à l'étranger pourrait-il être pris en compte conformément à l'article 13 (1128) **du Code général des impôts, pour venir en diminution du prix de cession ?**

L'administration fiscale (1129) ne mentionne pas l'impôt payé à l'étranger dans la liste des charges diminutives du prix de cession. Or le droit fiscal est d'interprétation stricte.

Pour un auteur, l'impôt étranger constituerait une charge déductible (1130).

L'imposition en France aurait pour base d'imposition le montant net de la plus-value. Cet auteur se fonde sur l'article 13 du Code général des impôts dans sa distinction entre les dépenses déductibles ou non du revenu imposable. Il tranche donc en prenant position sur le caractère déductible de l'impôt payé à l'étranger quand bien même cette charge n'est pas au nombre des dépenses prises en compte pour calculer les plus-values (1131).

En pratique, ainsi que B. Gouthière l'indique dans son livre précité, en son chapitre « La territorialité de l'impôt sur le revenu » (§ 1930) : « Afin d'atténuer la double imposition, il est admis que les impôts acquittés à l'étranger sur les revenus de source étrangère puissent être déduits de la base d'imposition (ancienne Doc. adm. 5B 1122, n° 4, non reprise au *BOFiP* sauf en ce qui concerne les revenus de capitaux mobiliers) ». L'imposition en France serait donc assise sur le montant net perçu.

En effet, il semble en pratique admis que ces impôts payés hors de France soient déductibles. Nous n'avons pas trouvé de jurisprudence ni de redressement fondés sur la contestation de ce mécanisme. Par conséquent, on pense qu'il est judicieux de retenir cette position.

Précisons que la déductibilité de l'assiette de la plus-value, par le contribuable, de cet impôt supporté hors de France n'est pas un avantage, car *in fine* le montant total de l'impôt qui sera payé par le cédant tant en France qu'à l'étranger sera supérieur à l'impôt qu'il aurait payé si le bien immobilier avait été situé sur le territoire Français. La situation est donc moins favorable qu'en présence d'une convention éliminant la double imposition.

On préconise, eu égard au risque éventuel de contestation de la part de l'administration fiscale, d'avertir le contribuable de la possibilité de redressement et du complément de droit susceptible de lui être appelé ainsi que les intérêts et les éventuelles pénalités. Il est conseillé d'informer le vendeur de l'existence de cette incertitude et de sécuriser le dossier en préconisant l'usage du rescrit. À défaut, il faudra impérativement obtenir une reconnaissance d'avis donné sur ce point particulier.

On s'est également interrogé quant aux termes de la notice explicative à la déclaration n° 2047. En pratique, outre la déclaration n° 2048-IMM, une déclaration des revenus étrangers en annexe à la déclaration annuelle de revenus (déclaration n° 2047) doit être complétée par le contribuable. Or la notice de la déclaration n° 2047 mentionne sous le paragraphe « Explications des lignes de la déclaration », cadre 3, ce qui suit littéralement rapporté : « Si vous avez réalisé une plus-value de cession d'immeuble ou de bien meuble à l'étranger et si ce revenu n'est pas exonéré d'impôt en France en application d'une convention fiscale internationale (...). Vous pourrez, si ce revenu a été imposé à la source, déduire de l'impôt français, calculé sur ces déclarations, un crédit d'impôt égal au montant de l'impôt français calculé sur cette plus-value ou de l'impôt étranger sans que celui-ci ne puisse dépasser le montant de l'impôt français ».

Comment faut-il lire ce texte et l'interpréter ? Les commentaires qui figurent dans la notice de la déclaration n° 2047, relative aux revenus encaissés à l'étranger, traitent des obligations déclaratives concernant les personnes physiques domiciliées en France qui réalisent des plus-values immobilières hors de France et qui, en l'application d'une convention fiscale, n'exonèrent pas cette plus-value d'imposition en France. Or, en l'espèce, l'absence de convention fiscale entre la France et l'Uruguay rend ces commentaires inapplicables.

(1128) CGI, art. 13, § 1 : « Le bénéfice ou revenu imposable est constitué par l'excédent du produit brut, y compris la valeur des profits et avantages en nature, sur les dépenses effectuées en vue de l'acquisition et de la conversation du revenu ».

(1129) BOI-RFPI-PVI-20-10-10-20120912.

(1130) En ce sens : B. Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales*, éd. Francis Lefebvre, 11e éd. 2016, p. 945, § 67360.

(1131) CGI, art. 150 VB, II.

Précisons que cette notice, qui est un document visant à aider les contribuables dans l'accomplissement de leurs obligations déclaratives, n'est pas opposable à l'administration. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'il est écrit sur le formulaire : « Cette notice n'a qu'une valeur indicative. Elle ne se substitue pas à la documentation officielle de l'administration ».

§ II Cas pratique n° 2 : Liquidation d'une plus-value en présence d'une convention fiscale

2507

France-Italie

Mme de Vito a hérité, suite au décès de son père le 5 août 1997, de la moitié indivise en nue-propriété d'un bien immobilier sis en Italie, le surplus de la nue-propriété revenant à sa sœur. La valeur cadastrale en pleine propriété du bien reçu en nue-propriété était de 212 780 €. Mme de Vito devient pleine propriétaire de la moitié indivise du bien immobilier suite au décès de sa mère le 9 août 2006. Ce bien constitue dès lors une résidence secondaire de Mme de Vito. En 2015, elle se domicilie en France et devient résidente fiscale de ce pays. Mme de Vito, domiciliée en France, vend son bien immobilier sis en Italie pour 1 300 000 € et dont la valeur cadastrale est de 255 024 €.

Remarques générales

1) En principe, la convention donne ou retire à l'un des États contractants le droit d'imposer. Elle n'est pas le fondement de cette imposition. C'est-à-dire que le pays en droit d'imposer la plus-value immobilière fondera l'impôt sur son droit interne. Or, certains pays n'imposent pas les plus-values réalisées par les non-résidents.

Cette non-imposition peut être soit générale, soit limitée, notamment lorsque les gains ne sont pas de nature professionnelle ou spéculative.

En quelque sorte, la convention fiscale donne une simple faculté à l'État désigné d'imposer. Elle n'oblige pas cet État à prélever un impôt si son droit interne ne le prévoit pas (1132).

2) Contrairement à ce que les conventions prévoient (normalement pour les redevances dividendes, et intérêts), elles ne fixent pas de taux plafonds, ni d'imposition sur une base nette, ni la prise en compte de divers correctifs (par ex., correctifs qui seraient liés à l'inflation).

3) C'est le droit interne de l'État et non la convention qui précise les modalités de recouvrement de cette imposition (recouvrement par retenue de l'impôt à la source ou autre, imposition comme un revenu ordinaire ou selon un mécanisme spécial et à un taux spécifique).

À ce propos, que prévoit le droit interne italien ?

I. Fiscalité italienne

À titre liminaire, il convient de noter qu'à ce stade, il faut se rapprocher d'un fiscaliste italien pour connaître en détails les modalités d'imposition locale. En principe, le droit fiscal italien exonère d'impôt de plus-values immobilières la cession d'immeuble reçu par succession. Il en est de même en cas de vente de la résidence principale, ou d'immeubles dès lors qu'ils sont détenus depuis plus de cinq ans (sauf s'il s'agit de terrains à bâtir).

En l'espèce, sous réserve de valider les exonérations de plus-values en Italie exposées *supra*, la plus-value de cession de l'immeuble détenu en indivision par Mme Vito sera exonérée à double titre : d'une part, parce que l'immeuble a été reçu par succession et, d'autre part, parce que l'immeuble est sa propriété depuis plus de cinq ans.

Il n'y aurait donc pas d'impôt de plus-value immobilière à acquitter auprès de l'administration fiscale italienne.

II. Convention fiscale franco-italienne

En France, le droit fiscal soumet les plus-values réalisées lors de la cession d'immeuble ou de droits relatifs à un immeuble au régime d'imposition des plus-values des particuliers prévu aux articles 150 U à 150 VH et 200 B du Code général des impôts lorsqu'elles sont réalisées par des personnes physiques domiciliées en France dans le cadre de la gestion de leur patrimoine privé, soit directement, soit au travers de sociétés de personnes.

(1132) Par ex. : la convention fiscale franco-britannique du 19 juin 2008 donnait au Royaume-Uni le droit d'imposer les gains immobiliers réalisés sur son territoire par des non-résidents, mais en réalité elle ne les imposait pas.

En conséquence de la hiérarchie des normes en droit interne français et de l'application de l'article 55 de la Constitution française du 4 octobre 1958 : « 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 ».
Le droit interne français précité s'applique donc sous réserve des conventions internationales ratifiées par la France.
Or, une convention en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion et la fraude fiscales en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune a été signée à Venise le 5 octobre 1989 entre le gouvernement de la République française et celui de la République italienne. Elle est assortie d'un protocole formant partie intégrante de la convention. Elle se substitue à la précédente convention signée le 29 octobre 1958 (sauf pour ses articles 25 et 26 qui continuent à s'appliquer). Elle est entrée en vigueur le 1er mai 1992.
Aux termes du § 1 de l'article 13 de cette convention (1133), les plus-values sont imposables dans l'État de situation de ces biens.
En outre, cette plus-value est également imposable en France : en conséquence, le droit d'imposer la plus-value immobilière consécutive à la cession d'un immeuble en Italie revient à l'Italie et la France doit donc mettre en œuvre un système d'élimination de la double imposition.
La méthode d'élimination de la double imposition est prévue à l'article 24 de la convention sous le titre : « Dispositions pour éliminer les doubles impositions » (1134).
Elle s'opère selon la méthode de l'imputation : elle consiste pour la France à appliquer un crédit d'impôt égal au montant de l'impôt dû en France.
Toutefois, comme l'indique la mention figurant en tête de l'article 24, celui-ci ne s'applique qu'en cas de double imposition. En l'absence d'imposition en Italie, il n'y aurait donc pas lieu de faire application des dispositions du paragraphe 1 de l'article 24 (1135).
De plus le Protocole additionnel formant partie intégrante de la convention précise en son article 15 que : « Dans les cas où, conformément aux dispositions de la présente Convention, un revenu doit être exempté de la part de l'un des deux États, l'exemption sera accordée si et dans la mesure où ce revenu est taxable dans l'autre État ».
Cet article n'a pas vocation à s'appliquer puisque la France impose en tant qu'État du domicile et que l'Italie, qui a le droit d'imposer théoriquement en application de la convention, ne le fait pas en raison de ses règles internes. L'exemption n'aurait d'effet que si la France n'avait pas le droit d'imposer, ce qui n'est pas le cas. **La France retrouve donc son droit d'imposer dans les conditions de droit commun**.

III. Régime fiscal d'imposition de la plus-value en France

Il conviendra de faire application des dispositions de l'article 150 U du Code général des impôts.
Mme Vito cède sa résidence secondaire. Elle pourrait bénéficier du régime d'exonération de plus-value si elle décidait de remployer le prix de vente dans l'acquisition d'une résidence principale dans les conditions prévues à l'article 150 U-II-1° *bis* du Code général des impôts, ou bien encore si elle répondait aux conditions prévues à l'article 150 U III du Code général des impôts pour les retraités ou invalides de condition modeste.
La difficulté consistera pour le conseil français à faire insérer au notaire italien chargé de cette vente les déclarations d'usage dans l'acte de vente. Or, par expérience, on constate parfois une réticence pour insérer lesdites clauses, au risque de faire perdre l'exonération au contribuable.

(1133) « 1. Les gains provenant de l'aliénation des biens immobiliers visés à l'article 6 sont imposables dans l'État où ces biens sont situés. »

(1134) Art. 24.1, *a)* : « La double imposition est évitée de la manière suivante : 1. Dans le cas de la France : a) Les bénéfices et autres revenus positifs qui proviennent d'Italie et qui y sont imposables conformément aux dispositions de la Convention, sont également imposables en France lorsqu'ils reviennent à un résident de France. L'impôt italien n'est pas déductible pour le calcul du revenu imposable en France. Mais le bénéficiaire a droit à un crédit d'impôt imputable sur l'impôt français dans la base duquel ces revenus sont compris. Ce crédit d'impôt est égal : – pour les revenus visés aux articles 10, 11, 12, 16 et 17 et au paragraphe 8 du protocole annexé à la Convention au montant de l'impôt payé en Italie, conformément aux dispositions de ces articles. Il ne peut toutefois excéder le montant de l'impôt français correspondant à ces revenus : – pour tous les autres revenus, au montant de l'impôt français correspondant ».

(1135) BOI-INT-CVB-ITA-10-50, nos 1 et 10.

La plus-value immobilière ayant pour assiette la différence entre le prix d'acquisition et le prix de cession, il convient de s'arrêter sur les valeurs à prendre en compte.
***a)* Détermination du prix de cession :** le prix à retenir dans la déclaration de plus-value est le prix réel tel qu'il est stipulé dans l'acte indépendamment de ses modalités de paiement. La plus-value est imposée au nom de chaque indivisaire à raison de la fraction du prix de vente correspondant à ses droits dans l'indivision. Chaque indivisaire est réputé recevoir une fraction du prix de vente correspondant aux droits qu'il détenait sur le bien cédé à la date de la vente.
***b)* Détermination du prix d'acquisition :** en cas d'acquisition par succession ou donation, le prix d'acquisition s'entend de la valeur retenue pour la détermination des droits de mutation à titre gratuit. À défaut, la plus-value est calculée à partir de la valeur vénale réelle à la date d'entrée dans le patrimoine du cédant d'après une déclaration détaillée et estimative des parties (1136). Lorsque la succession n'a donné lieu à aucune imposition ou lorsqu'elle n'était pas imposable en France, l'administration permet de retenir la valeur qui figure dans l'attestation immobilière à la condition que celle-ci corresponde à la valeur du bien au jour de la mutation à titre gratuit (1137). Afin d'éviter que ne soit pas prise en compte la valeur cadastrale (1138) mentionnée dans la déclaration de succession pour calculer l'assiette de la plus-value, **nous vous recommandons de** :
- faire établir par le notaire italien en charge de la succession une attestation de la valeur réelle du bien au jour de la succession ;
- à défaut, formuler et signer une déclaration estimative des parties (M^me^ Vito et sa sœur), à l'appui d'une expertise immobilière.

Conseil

Il serait parfois judicieux de conseiller aux non-résidents souhaitant venir s'installer en France de vendre leurs résidences situées hors de France avant de déménager. Une étude de cette imposition doit être conseillée et réalisée préalablement à une délocalisation.

CHAPITRE II L'*exit tax*

2508 Les personnes qui partent s'installer à l'étranger (1139) sont tenues de réaliser des formalités et de régler des impôts avant leur départ. La réforme de 2019 en matière d'imposition a mis en place le prélèvement à la source et a permis de supprimer le décalage d'un an entre la perception des revenus et leur imposition. Cette réforme a réduit les formalités relatives à l'impôt sur le revenu. En effet, le candidat à l'exil n'a plus à déclarer ses revenus encaissés l'année précédant celle de son départ. Il faut continuer de recommander à ces personnes de prévenir l'administration fiscale avant de quitter la France en indiquant leur nouvelle adresse (1140). Ces personnes pourront, si elles souhaitent, vendre leur domicile, profiter de l'exonération au titre de la vente de leur résidence principale, à condition de trouver un

(1136) CGI, art. 150 VB, I.
(1137) BOI-RFPI-PVI-20-10-20-10, n° 290.
(1138) La valeur cadastrale est retenue dans certains pays, notamment en Italie et en Espagne. Elle ne correspond pas à la valeur vénale. En Espagne, à l'occasion du règlement d'une succession, l'administration fiscale applique à cette valeur cadastrale un coefficient de pondération différent selon les régions pour déterminer une valeur la plus proche possible de la valeur vénale.
(1139) *I.e.* qui transfèrent leur foyer sur le territoire d'un État étranger (la simple expatriation ne suffisant pas), V. *supra*, n° 2445.
(1140) En application de l'article 167 *bis* IX-5° du Code général des impôts, cette information doit être réalisée dans les deux mois suivant chaque transfert. Ce formalisme peut être réalisé en ligne par internet en remplissant un formulaire sur le site « service-public.fr ».

acquéreur dans un délai normal (1141). Par la suite, comme il sera développé *infra*, au n° 2523, ils seront assujettis à l'impôt sur la fortune immobilière à raison des biens immobiliers situés en France, pour autant que la valeur de ceux-ci excède le seuil d'imposition actuellement fixé à 1 300 000 €.

En sus de ces impositions, le transfert de domicile hors de France peut également générer la mise en œuvre de l'*exit tax*. Ce dispositif est actuellement codifié à l'article 167 *bis* du Code général des impôts et il est issu de l'article 48 de la loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011. L'*exit tax* avait originairement été créé par la loi de finances pour 1999. Le dispositif actuellement en vigueur a été retouché à plusieurs reprises depuis. En mai 2018, le magazine américain *Forbes* indiquait que M. Emmanuel Macron, Président de la République française, avait fait connaître son intention de supprimer ce dispositif. Il semblerait (1142) désormais qu'il serait plutôt envisagé d'effectuer un réaménagement ou une simplification du régime (1143). Le mécanisme actuel a pour principal intérêt de soumettre ses contribuables à une imposition portant sur les plus-values latentes que comportent les titres qu'ils possèdent. Cette imposition est calculée en considérant qu'ils les ont cédés la veille de leur départ. Ce dispositif a pour but d'éviter que des titres soient vendus à l'étranger afin d'éluder l'acquittement de l'imposition sur les plus-values en France, favorisant ainsi la lutte contre l'évasion fiscale. L'*exit tax* se revendique être un système anti-abus.

C'est à la date du transfert de domicile fiscal que sont appréciés le champ d'application **(Section I)**, l'assiette **(Section II)** et les modalités de l'*exit tax* **(Section III)**.

Section I Champ d'application

§ 1 Condition de transfert de domicile et de durée antérieure de domiciliation en France

2509 Le transfert de domicile fiscal hors de France entraîne l'imposition immédiate à l'impôt sur le revenu et aux prélèvements sociaux des plus-values latentes sur droits sociaux, valeurs, titres ou droits, sous condition tenant à l'importance des participations détenues, des créances trouvant leur origine dans une clause de complément de prix et de certaines plus-values en report d'imposition. Les personnes assujetties à cette imposition des plus-values latentes sont les contribuables qui ont été fiscalement domiciliés en France pendant au moins six des dix années précédant le transfert de leur domicile fiscal hors de France (les impatriés sont exclus en application de cette condition).

En revanche, l'ensemble des contribuables transférant leur domicile fiscal hors de France sont assujettis à l'imposition de leurs plus-values en report d'imposition lors de ce transfert (1144).

Pour calculer la phase de **dix ans**, il faut réaliser un décompte de date à date à partir de celle du transfert du domicile fiscal. Par conséquent, si le contribuable se délocalise le

(1141) Délai que l'administration fiscale fixe à un an (sauf contexte exceptionnel) à compter de la libération du logement, à condition toutefois que la résidence ne soit pas entre temps louée ou mise à disposition à des tiers ou des membres de la famille.

(1142) Selon un article paru dans *Les Échos* le 15 septembre 2018.

(1143) Au moment où nous écrivons ces pages, aucun texte de réforme n'a été proposé, à l'exception des modifications apportées par la loi de finances pour 2019 (art. 12).

(1144) BOI-RPPM-PVBMI-50-10.

1er juin 2019, il faudra analyser la période du 31 mai 2009 au 31 mai 2019 (1145). On doit apprécier la durée de domiciliation fiscale en France de **six années** de façon **continue ou discontinue**, et la notion de domiciliation doit être retenue au regard du contribuable et non pas du foyer fiscal (ce point est source de complexité). Pour s'y retrouver, il est conseillé de se reporter au tableau de synthèse que l'administration fiscale propose au BOI-ANNX-000444, ci-après reproduit, sur l'appréciation de la condition de domiciliation fiscale en France en fonction du régime matrimonial aux fins de l'*exit tax*.

Tableau récapitulatif

Propriétaire des titres	Communauté réduite aux acquêts	Séparation de biens	Communauté universelle
M. X détient 50 000 titres acquis avant le mariage	M. X est concerné par le dispositif d'*exit tax* s'il respecte **à titre personnel** la condition de domiciliation fiscale en France d'au moins six des dix années précédant le transfert.	M. X est concerné par le dispositif d'*exit tax* s'il respecte **à titre personnel** la condition de domiciliation fiscale en France d'au moins six des dix années précédant le transfert.	
M. X détient 50 000 titres acquis pendant le mariage		M. X est concerné par le dispositif d'*exit tax* s'il respecte **à titre personnel** la condition de domiciliation fiscale en France d'au moins six des dix années précédant le transfert.	
Mme X détient 25 000 titres acquis avant le mariage	Mme X est concernée par le dispositif d'*exit tax* si elle respecte **à titre personnel** la condition de domiciliation fiscale en France d'au moins six des dix années précédant le transfert.	Mme X est concernée par le dispositif d'*exit tax* si elle respecte **à titre personnel** la condition de domiciliation fiscale en France d'au moins six des dix années précédant le transfert.	
Mme X détient 25 000 titres acquis pendant le mariage		Mme X est concernée par le dispositif d'*exit tax* si elle respecte **à titre personnel** la condition de domiciliation fiscale en France d'au moins six des dix années précédant le transfert.	

(1145) Le transfert hors de France du domicile fiscal d'un contribuable est réputé intervenir le jour précédant celui à compter duquel ce contribuable cesse d'être soumis en France à une obligation fiscale sur l'ensemble de ses revenus (CGI, art. 167 *bis*, III).

Propriétaire des titres	Communauté réduite aux acquêts	Séparation de biens	Communauté universelle
M. et Mme X ont acquis 50 000 titres acquis avant le mariage			M. et Mme X sont concernés par le dispositif d'*exit tax* pour l'ensemble des 50 000 titres si au moins l'un des deux respecte la condition de domiciliation fiscale en France d'au moins six des dix années précédant le transfert.
M. et Mme X ont acquis 50 000 titres acquis pendant le mariage	M. et Mme X sont concernés par le dispositif d'*exit tax* pour l'ensemble des 50 000 titres si au moins l'un des deux respecte la condition de domiciliation fiscale en France d'au moins six des dix années précédant le transfert.		M. et Mme X sont concernés par le dispositif d'*exit tax* pour l'ensemble des 50 000 titres si au moins l'un des deux respecte la condition de domiciliation fiscale en France d'au moins six des dix années précédant le transfert.

En revanche, pour l'imposition des plus-values en report d'imposition, aucune condition de durée de domiciliation antérieure n'est exigée. Par conséquent, tous **les contribuables qui transfèrent leur domicile hors de France sont assujettis à l'impôt sur les plus-values en report**.

§ II Nature des biens et des plus-values concernées

Sont assujettis à une imposition immédiate les contribuables dont les membres du foyer fiscal détiennent directement ou indirectement, lors du transfert, au moins **50 % dans les bénéfices sociaux** d'une société **ou** lorsque la valeur globale desdits droits, valeurs ou titres **excède 800 000 €** (1146). Les titres dont la plus-value est concernée sont ceux régis par l'article 150-0 A du Code général des impôts (actions et parts sociales notamment). **2510**

Pour l'appréciation des seuils, il convient de se placer au niveau du foyer fiscal. On doit donc cumuler les participations, directes ou indirectes de chacun des membres du foyer.

La référence faite par l'article 167 *bis* I du Code général des impôts aux droits sociaux, valeurs, titres ou droits mentionnés au 1 du I de l'article 150-0 A du Code général des impôts entraîne l'application de l'*exit tax* non seulement aux titres de sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés, mais également à celles non soumises à cet impôt. Toutefois, sont exclues les actions ou parts des sociétés de personnes à prépondérance immobilière (1147) et les sociétés au travers desquelles les contribuables exercent leurs activités professionnelles et dont les plus-values sont soumises aux articles 150 UB et 151 *nonies* du Code général des impôts. Sont également soumis à l'*exit tax* les titres d'OPCVM, les placements collectifs

(1146) Avant la réforme contenue dans la loi de finances pour 2014, le seuil était de 1 % de détention et de 1 300 000 € en valeur.

(1147) Rép. min. Frassa, n° 12686 : *JO* Sénat Q 10 mars 2016, p. 958 et *BF Lefebvre* 5/2016, n° 415.

(type Sicav et fonds communs de placement) et les obligations. En revanche, échappent à cette imposition les actions détenues au travers d'un plan d'épargne d'actions et les avoirs détenus dans le cadre d'un contrat d'assurance vie ou de capitalisation.

Attention, seront soumises à l'imposition au titre des revenus et aux prélèvements sociaux toutes les plus-values des titres détenus par les membres du foyer fiscal, même si certains d'entre eux ne transfèrent pas leur domicile hors de France.

Les créances représentatives d'un complément de prix (clause de *earn out*) entrent dans le champ d'application du dispositif. Ces créances sont un complément de prix de cession conditionné à un ou des critères de performance liés à l'activité de la société cédée. Ne sont toutefois concernées que les créances déterminées en fonction d'une indexation en relation directe avec l'activité de la société dont les titres font l'objet du contrat de cession.

Le dispositif de l'*exit tax* s'applique également aux plus-values en report d'imposition, c'est-à-dire les plus-values réalisées à l'occasion d'un apport de titres consenti à une société contrôlée par l'apporteur sous le régime de l'article 150-0 B *ter* du Code général des impôts et les plus-values issues des échanges de titres antérieurs à l'année 2000 (à l'époque un échange de titre ne bénéficiait pas de la neutralité fiscale, mais le contribuable pouvait demander un report d'imposition jusqu'à la vente des titres reçus en échange).

Section II L'assiette de l'*exit tax*

2511 La plus-value latente est égale à la différence entre la valeur des titres à la date du transfert et leur prix ou valeur d'acquisition. La plus-value latente ainsi calculée est réduite, le cas échéant, de l'abattement (1148) pour durée de détention prévu à l'article 150-0 D *ter* du Code général des impôts : la plus-value est caractérisée par la différence entre la valeur déterminée selon les règles prévues à l'article 758 (1149) et au dernier alinéa du I de l'article 973 du Code général des impôts (1150), et le prix d'acquisition par le contribuable ou, en cas d'acquisition à titre gratuit, la valeur retenue pour la détermination des droits de mutation.

Toutefois, lorsque les droits sociaux, valeurs, titres ou droits ont été reçus lors d'une opération intercalaire d'échange bénéficiant du sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B du Code général des impôts (avant le transfert de domicile fiscal du contribuable), la plus-value constatée est calculée à partir du prix ou de la valeur d'acquisition des titres remis à l'échange diminué du montant de la soulte reçue, qui n'a pas fait l'objet d'une imposition au titre de l'année de l'échange, ou majoré de la soulte versée lors de cet échange.

Pour la créance trouvant son origine dans une clause de complément de prix, il appartient au contribuable d'estimer sa valeur à la date du transfert : le prix d'acquisition de la créance étant égal à zéro, la valeur de la créance est donc égale à sa valeur réelle au jour du transfert. La créance ainsi définie ne peut être réduite de l'abattement pour durée de détention prévu à l'article 150-0 D *ter* du Code général des impôts.

(1148) L'abattement n'est applicable que pour l'impôt sur le revenu et non pas pour les prélèvements sociaux.
(1149) *I.e.* les valeurs mobilières non cotées : la valeur servant de base à l'impôt est déterminée par la déclaration détaillée et estimative des parties.
(1150) *I.e.* les valeurs mobilières cotées sur un marché sont évaluées selon le dernier cours connu ou selon la moyenne des trente derniers cours qui précèdent la date de départ.

Section III Les modalités de l'*exit tax*

§ I Imposition

2512 Le fait générateur de l'imposition est le transfert du domicile fiscal hors de France (1151) : il est réputé se produire la veille du transfert. Cette fiction permet de maintenir l'exigibilité des prélèvements sociaux et de faciliter l'application des conventions fiscales.

Le montant des plus-values est désormais (1152) soumis au barème progressif de l'impôt sur le revenu, ou au prélèvement forfaitaire unique au taux de 30 %.

Le montant de l'*exit tax* est égal à la différence entre le montant de l'impôt résultant de l'application du barème progressif à l'ensemble des revenus de sources françaises et étrangères, y compris les plus-values et créances taxables au titre de l'*exit tax*, et le montant de l'impôt résultant de l'application de ce barème aux seuls revenus de sources françaises et étrangères.

Les prélèvements sociaux additionnels sont exigibles au taux global de 12,8 %.

Il y a lieu de préciser que les moins-values latentes ne peuvent être imputées sur les plus-values imposables au titre de l'*exit tax*. Il y a également lieu de considérer que chaque plus-value latente est imposable pour son montant considéré isolément. Par contre, une cession effective par le candidat à l'exil de titres générant une plus-value latente, avant son transfert de domicile, peut faire l'objet d'une compensation et réduire le montant de l'imposition lors du départ.

§ II Les cas de sursis de paiement

2513 Un **sursis automatique** de paiement, de droit et **sans prise de garanties** est accordé lorsque le contribuable transfère son domicile fiscal hors de France dans un État ou territoire ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales). Avant l'entrée en application de la Loi de finance n° 2018-1317 du 28 décembre 2018, le sursis automatique n'était accordé que dans le cadre d'un transfert 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 mutuelle en matière de recouvrement. (*i.e.* l'Islande et la Norvège), hors Liechtenstein.

Lorsque le contribuable transfère son domicile fiscal dans un autre État que ceux cités précédemment, le paiement de l'impôt est en principe immédiat mais, sur **demande expresse** de l'intéressé et sous réserve de **prise de garanties adéquates, un sursis de paiement peut être accordé.** Dans ce cas, le contribuable doit déclarer ses plus-values et créances, désigner un représentant fiscal et constituer des garanties (1153) préalablement au transfert de son domicile hors de France.

(1151) Un départ vers les collectivités d'outre-mer est considéré comme un transfert hors de France. Toutefois, en cas de transfert vers Saint-Barthélemy et Saint-Martin, l'*exit tax* n'est due qu'au terme de la cinquième année de la résidence dans ces collectivités, c'est-à-dire cinq ans après le transfert physique.

(1152) Avant 2013, les plus-values latentes étaient imposables au taux forfaitaire de 24 % pour la période du 28 septembre 2012 au 31 décembre 2012, et de 19 % pour les transferts antérieurs.

(1153) Par ex., une hypothèque, un nantissement d'un fonds de commerce, une caution. Le contribuable doit faire parvenir au centre des non-résidents dans les trente jours précédant son transfert une proposition de garanties. Le montant de la garantie doit être au minimum de 30 % du montant des plus-values et créances de complément de prix.

Ces garanties ne sont pas exigées en cas de transfert de domicile fiscal pour des raisons professionnelles dans certains États : il faut toutefois que ce dernier ait conclu avec la France un accord de coopération fiscale (1154).

Le sursis de paiement s'applique tant au niveau des impôts sur le revenu que des prélèvements sociaux. L'impôt en sursis fait l'objet d'une mise en recouvrement spécifique. En effet, un avis d'imposition est émis par le centre des impôts des non-résidents. Le sursis de paiement a pour effet de suspendre la prescription de l'action en recouvrement jusqu'à la date du fait générateur qui entraînera son expiration.

L'article 28 de la loi de finance de 2018, n° 2017-1837 du 30 décembre 2017 avait prévu que les contribuables qui transfèrent leur domicile fiscal hors de France depuis le 1er janvier 2018, doivent constituer pour le bénéfice du sursis d'imposition lors du transfert des garanties égal à 12,8 % du montant brut des revenus concernés, sans qu'il soit fait application des abattements pour durée de détention.

§ III Expiration du sursis de paiement

2514 Ce sursis cesse automatiquement en cas de manquement aux obligations déclaratives, mais également lors de la cession, du rachat, du remboursement ou de l'annulation des titres et, dans certains cas, lors de la donation des titres concernés ou lors du décès du contribuable.

Pour l'impôt afférent aux créances trouvant leur origine dans une clause de complément de prix, le sursis de paiement expire lors de la perception d'un complément de prix ou lors de l'apport ou de la cession de la créance concernée.

L'apport de titres grevés d'une plus-value latente en report d'imposition à une société contrôlée par l'apporteur tel que défini à l'article 150-0 B ou 150-0 B *ter* du Code général des impôts n'entraîne pas l'expiration du sursis de paiement de l'impôt. Dans ce cas particulier, le sursis est prorogé jusqu'à la date de survenance d'un événement constitutif du fait générateur d'expiration du report d'imposition tel que défini par cet article.

L'expiration du sursis rend exigible l'imposition établie lors de transfert de domicile. Toutefois, il existe des ajustements ; ces derniers ont pour objectif de tenir compte de la plus-value réelle :

- le montant de la plus-value est recalculé au jour de la cessation du sursis : on tient compte en cas de cession à titre onéreux des abattements généraux des articles 150-0 D, 1 ou 150-0 D *ter* du Code général des impôts pour la durée de détention à l'étranger. Au cas où le contribuable réalise une perte, l'impôt est alors dégrevé ;
- le taux de l'impôt et des prélèvements sociaux sont ceux applicables au jour du transfert.

L'impôt acquitté dans l'État de résidence par le contribuable à cette occasion est imputable sur l'impôt définitif exigible en France (prélèvements sociaux compris). Cette imputation est autorisée dans la limite de l'impôt français. Elle est réalisée en proportion entre l'assiette définitive de l'impôt en France, compte tenu de la durée de détention à l'étranger et du prix de cession réel, et l'assiette de l'impôt acquitté à l'étranger.

En cas de retour en France, et si le contribuable possède toujours les titres concernés, ou les créances de *earn out*, l'impôt tenant aux plus-values latentes est dégrevé d'office ou restitué s'il a fait l'objet d'un paiement immédiat.

(1154) Pour connaître la liste de ces États, il y a lieu de se reporter à la liste figurant au BOI-ANNX-000445.

À l'expiration d'un délai de quinze ans suivant la date du transfert hors de France, l'impôt concernant les plus-values sur les titres est dégrevé ou restitué. Tel n'est pas le cas des plus-values en report d'imposition ou celles concernant les créances de complément de prix.

Depuis la réforme de l'*exit tax* instituée par la loi de finance n° 2018 1317 du 28 décembre 2018, le délai de conservation des titres permettant au contribuable de bénéficier d'un dégrèvement d'office (ou d'une restitution d'impôt) correspondant au plus-values latentes a été réduit à deux ans (au lieu de quinze ans) lorsque la valeur globale des droits sociaux, valeurs, titres ou droits détenus par le contribuable n'excède pas 2 570 000 € à la date du transfert de son domicile fiscal hors de France. Elle est de cinq ans si cette valeur globale excède ce montant.

TITRE III

Fiscalité du patrimoine

CHAPITRE I Les revenus fonciers

2515 En droit international, le lieu de situation de l'immeuble est celui de l'imposition. En effet, les États reconnaissent l'existence d'un lien étroit lié au sol. En pratique l'État de la résidence du propriétaire de l'immeuble peut également avoir un droit concurrent d'imposition, mais dans ce cas, ce dernier accepte en présence d'une convention fiscale de le limiter afin d'éviter une double imposition (1155). À défaut de convention, on peut être en situation de double imposition.

Section I Notions générales applicables à l'imposition des revenus fonciers en présence d'une convention fiscale

2516 L'article 6-2 du modèle de la convention OCDE indique : « L'expression "biens immobiliers" a le sens que lui attribue le droit de l'État contractant où les biens considérés sont situés ». Ce renvoi au droit interne a le mérite d'éviter toute difficulté d'interprétation. On dispense le lecteur du rappel de la définition de revenus immobiliers en droit interne français.

L'article 6 continue en indiquant : « L'expression comprend en tout cas.../. » et l'article indique toute une liste de revenus. Celle-ci est très large, et aboutit à ce que les revenus de biens qui sont détenus par une personne physique ou morale et quel que soit le mode d'exploitation (location nue ou meublée, directe ou affermage) sont considérées comme immobilier. Il en est de même pour les revenus provenant des biens immobiliers

(1155) Toutes les conventions fiscales signées par la France attribuent à l'État de situation des immeubles le droit d'imposer les revenus. En pratique, cela n'aboutit pas toujours à ce que la France puisse imposer.

d'une entreprise ou des biens appartenant à un entrepreneur individuel (profession indépendante) (1156). Sont également considérés comme des revenus fonciers les revenus agricoles et les revenus de gisements minéraux (1157).

Les conventions françaises reprennent généralement le modèle OCDE. Parfois toutefois, la France exclut les fermes ou les plantations de cette catégorie en considérant qu'elles sont des établissements stables (1158) ou elle inclut dans celle-ci les revenus provenant des options, promesses de vente et autres droits semblables.

L'État de situation des biens est titulaire du droit d'imposer les revenus des immeubles, même en l'absence d'établissement stable (1159) dans cet État (1160). L'article 6 de la convention paralyse l'article 5 (établissement stable), car une société ne peut être imposable en France simultanément sur la base des articles 5 et 6. Précisons par ailleurs que le **rescrit « établissement stable »** ne peut être sollicité en matière de location immobilière.

La convention laisse à l'État de situation le choix des modalités d'imposition et aucun taux plafond n'est fixé (1161).

Un pays étranger peut donc prévoir qu'un résident fiscal français qui est propriétaire d'une résidence secondaire dans cet État, dont il se réserve la jouissance, est imposable sur un revenu théorique égal à un pourcentage de la valeur cadastrale de ce bien.

En application des conventions fiscales, une difficulté pratique apparaît. Elle concerne les parts ou actions de sociétés immobilières. Ces parts ou actions sont juridiquement des biens meubles et non pas des immeubles. La France peut-elle taxer les revenus de ces parts et actions ? Pour répondre à cette question, il faut distinguer les revenus selon le type de société et selon le traitement que lui réserve la convention :

- les revenus émanant des sociétés transparentes (1162) sont traités comme des revenus de biens immobiliers. En effet, chaque associé est considéré comme un propriétaire privatif de biens immobiliers ;
- les revenus provenant des sociétés immobilières non transparentes (type société civile) sont traités comme des revenus sociaux. La société est considérée comme la personne imposable même si, dans le cadre des sociétés civiles, l'imposition est établie au nom de chaque associé ;
- les revenus provenant de propriétés détenues en multipropriété : pour ce type de revenus, il faudra distinguer deux cas : la location réalisée par le non-résident n'est pas occasionnelle, alors il y a lieu de considérer que le bien loué est une installation fixe d'affaire. À ce titre, le droit d'imposer revient à l'État de situation des biens conformément au principe d'imposition des activités commerciales au lieu de situation de l'établissement stable. Si la location est occasionnelle, il n'existe pas d'installation fixe d'affaire, on pourrait sur cette base contester le droit d'imposer de l'État de situation.

(1156) La convention fiscale peut déroger du modèle OCDE et ne pas reprendre l'ensemble des points.
(1157) La France traite fréquemment les revenus de gisements minéraux comme des redevances, notamment avec les pays du continent africain.
(1158) En ce sens Conv. franco-malaisienne 26 avr. 1975.
(1159) CE, 8e et 9e ss-sect., 30 mai 1980, n° 12790 : *RJF* 9/1980, n° 660.
(1160) Sauf en présence d'une convention fiscale différente du modèle de convention fiscale de l'OCDE.
(1161) À la différence de ce qui est prévu en matière d'imposition des dividendes, des intérêts ou redevances.
(1162) Sociétés visées à l'article 1655 *ter* du Code général des impôts (société immobilière de copropriété).

Section II L'imposition des revenus fonciers perçus en France par un résident fiscal étranger (France pays de la source)

§ 1 Les personnes physiques

A/ En application du droit interne (absence de convention fiscale)

2517 À défaut d'existence d'une convention fiscale, les personnes physiques non résidentes de France qui sont bénéficiaires de revenus immobiliers ayant pour source le territoire français sont imposables en France, notamment au titre de la location d'immeubles situés en France, de parts de sociétés immobilières transparentes ou sociétés civiles immobilières, de parts de sociétés de multipropriété.

En cas d'imposition dans le pays de la résidence, le contribuable peut parfois être soumis à une double imposition.

B/ En présence d'une convention fiscale

2518 Les non-résidents percevant des revenus immobiliers sur le territoire français sont imposables en France dans la quasi-totalité des cas. En présence d'une location nue, les loyers sont taxés dans le cadre des revenus fonciers, et en cas de location meublée, l'imposition relève du régime des bénéfices industriels et commerciaux. Les règles d'assiette d'imposition sont définies en appliquant les règles de droit commun propres aux catégories de revenus. On applique les mêmes règles que les contribuables soient résidents de France ou non.

Attention : en cas de location meublée par une société civile immobilière (SCI), la nature commerciale de cette activité rend la société passible de l'impôt sur les sociétés et par conséquent cette SCI perd son caractère translucide. Cette situation aura pour conséquence que la SCI devra être traitée fiscalement comme une société de capitaux soumise à l'IS ; l'associé non résident n'est plus taxable sur les revenus immobiliers, mais éventuellement sur les dividendes qui seront versés par la société sous forme de retenue à la source (1163).

Le non-résident doit déclarer ses revenus pour leur montant net, après imputation des frais et charges normalement déductibles en droit interne. Ils sont soumis à l'impôt selon le barème normal progressif de l'impôt sur le revenu. Toutefois, **l'impôt ne peut pas être inférieur à 30 %** (1164) de revenu imposable net (1165).

Ce taux n'est pas applicable (1166) lorsque les non-résidents justifient que l'imposition en France de la totalité de leurs revenus mondiaux ferait l'objet d'une taxation à un **taux moyen inférieur**. Dans ce cas particulier, le taux moyen est appliqué aux seuls revenus taxables en France. Cette exception a été prévue afin d'éviter de surimposer les non-résidents qui disposeraient de revenus modestes.

En pratique, le notaire en charge de la déclaration de revenu foncier d'un contribuable non résident pourra annexer à la déclaration des revenus une déclaration sur l'honneur

(1163) En ce sens CE, 8e et 9e ss-sect., 5 févr. 1986 : *RJF* 5/1986, n° 562.

(1164) En application de l'article 13 de la loi de finance n°2018-1317 du 28 décembre 2018, la retenue libératoire est d'un montant calculé en appliquant un taux de 20 % à la fraction du revenu net imposable inférieure ou égale à la limite supérieure de la deuxième tranche du barème de l'impôt sur le revenu et un taux de 30 % à la fraction supérieur à cette limite ; ces taux de 20 % et 30 % sont ramenés respectivement à 14,4 % et 20 % dans les DOM..

(1165) CGI, art. 197 A.

(1166) BOI-IR-DOMIC-10-20-10, n° 390.

confirmant l'exactitude des revenus mentionnés, en attendant de pouvoir produire les justificatifs (1167). Cette possibilité n'est offerte qu'aux contribuables résidents dans un pays de l'Union européenne ou dans un État ayant signé une convention fiscale avec la France (1168).

À défaut de justifications, l'application du **taux minimum de 30 % est automatique**. Les non-résidents sont donc plus sévèrement traités que les résidents. Quelle est l'explication à cette position française ?

Le législateur souhaite tenir compte de ce que le non-résident n'est imposé en France qu'à raison de ses revenus de source française et qu'il bénéficie ainsi d'un avantage certain en ce qui concerne la progressivité de l'impôt. En effet, en ne retenant que les revenus de source française, le taux moyen est inférieur et la pression fiscale est aussi inférieure à celle d'un résident ayant les mêmes revenus mondiaux.

Ce taux minimum de 20 % n'est applicable que si le résultat de la fraction calculée en divisant l'impôt dû par le revenu net imposable est inférieur à 20 % (1169).

§ II Les personnes morales

A/ En application du droit interne français (absence de convention fiscale)

2519 Les personnes morales non résidentes sont redevables de l'impôt sur les sociétés en France sur les revenus immobiliers de source française, à condition toutefois qu'elles relèvent de cet impôt. Une société qui n'est pas passible de l'impôt sur les sociétés à raison de sa forme peut l'être à raison de son objet (1170).

D'autre part, les revenus immobiliers perçus par une entreprise industrielle et commerciale sont des bénéfices industriels et commerciaux.

L'article 209, I du Code général des impôts mentionne que les personnes morales non résidentes sont taxables sur les bénéfices mentionnés aux a, e, e *bis* et e *ter* du I de l'article 164 B, c'est-à-dire sur les revenus immobiliers et plus-values immobilières.

Focus

En présence d'une personne morale non résidente propriétaire d'un logement situé en France qu'elle laisserait gratuitement ou à des conditions avantageuses à la disposition des associés, il y aurait lieu dans ce cas particulier d'appliquer la notion d'acte anormal de gestion et d'imposer les loyers qu'elle aurait dû percevoir (1171). Sauf toutefois le cas particulier des sociétés échappant en raison de leur forme et en l'absence de caractère lucratif de leurs activités à l'impôt sur les sociétés (1172).

(1167) Les revenus de source française et étrangère à prendre en compte pour le calcul du taux moyen d'imposition doivent être reportés en ligne 8TM de la déclaration modèle 2042 C.
(1168) CGI, art. 197 A, a).
(1169) BOI-IR-DOMIC-10-20-10, n^{os} 360 et s.
(1170) En vertu de l'article 206, 1 du Code général des impôts. En ce sens CAA Marseille, 4^{e} ch., 7 avr. 2009, n^{o} 06-2890, *Sté Arevir Établissement : RJF* 2/2010, n^{o} 104.
(1171) CE, 8^{e} et 7^{e} ss-sect., 7 oct. 1988, n^{o} 82784 : *RJF* 12/1988, n^{o} 1305 ; société belge qui mettait gratuitement une villa en France à la disposition de ses associés.
(1172) CE, 3^{e} et 8^{e} ss-sect., 24 mai 2006, n^{o} 278737, *Min.* c/ *Sté immobilière « Saint-Charles »*.

B/ En présence d'une convention fiscale

2520 La France a le droit d'imposer les revenus immobiliers de source française. Il n'y a pas lieu de vérifier si une personne morale a un établissement stable au sens conventionnel en France, sauf si la convention ne reprend pas le modèle OCDE qui prévoit l'application des règles applicables aux revenus immobiliers aux revenus d'une entreprise.

Par conséquent, une société étrangère est passible de l'impôt sur les sociétés en France, en application de l'article 206, 1 du Code général des impôts, sur les revenus d'un immeuble qu'elle possède en France (1173).

L'impôt est calculé selon les conditions de droit commun. Les intérêts d'emprunt sont déductibles s'il existe un lien réel entre l'emprunt et cet immeuble et que le contribuable est en mesure de prouver l'affectation des fonds à l'immeuble (emprunter pour payer le prix d'achat ou l'entretien des immeubles français ou faire des travaux).

Précisons que l'administration fiscale française applique pour les sociétés étrangères le **dispositif de lutte contre la sous-capitalisation** de l'article 212 du Code général des impôts (1174). On devra être très attentif lors de l'achat par une société étrangère de vérifier ce point si l'on veut éviter pour l'acquéreur les conséquences de cette sous-capitalisation.

En pratique

Les personnes morales dont le siège est situé en dehors de l'Union européenne ont l'obligation de payer en sus de l'impôt sur les sociétés **un impôt de distribution** (1175) **au taux de 30 %** (1176) **(75 % en présence d'un ETNC)**. La France considère que les bénéfices sont réputés distribués à des associés n'ayant pas leur domicile ou leur siège social en France (1177). L'impôt de distribution est dû, que la société dispose ou non d'un établissement stable en France (1178). Il n'est pas utile que la société procède à des distributions. Elle est redevable de l'impôt dès que le résultat de l'exercice est bénéficiaire. Cette retenue peut faire sous certaines conditions l'objet d'une révision.

Section III L'imposition des revenus fonciers perçus par un résident fiscal français à l'étranger (France pays de la résidence)

§ 1 En l'absence de convention fiscale

2521 **Pour les personnes physiques**, la France taxe le revenu global mondial (1179). Par conséquent, les revenus immobiliers étrangers seront taxés une deuxième fois (1180) en France et les impôts payés à l'étranger seront déductibles au titre d'une charge (1181). Il existe un risque de double taxation partielle.

(1173) En ce sens CE, 7e et 8e ss-sect., 3 mai 1989, n° 78223, *SA Quadriga : RJF* 6/1989, n° 751.
(1174) BOI-IS-BASE-35-20-30-10, n° 390.
(1175) En ce sens CE, 7e et 8e ss-sect., 24 févr. 1986, n° 54253 : *RJF* 4/1986, n° 353.
(1176) Sauf si la convention fiscale prévoit un taux plus faible ou interdit à la France d'appliquer la retenue.
(1177) CGI, art. 115 *quinquies*.
(1178) En pratique, on peut constater que les conventions qui autorisent une retenue au titre de l'impôt de distribution exigent (en majorité) l'existence d'un établissement stable.
(1179) CGI, art. 4 A.
(1180) Sauf cas particulier où le pays de la source n'aurait pas taxé ces revenus immobiliers.
(1181) CGI, art. 13.

Pour les personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés : soit l'immeuble est inscrit à l'actif d'un établissement positionné hors de France, dans ce cas les revenus immobiliers ne sont pas imposables en France ; soit l'immeuble est à l'actif d'une entreprise française, dans ce cas les revenus sont imposables en France sauf exception (1182).

Précision : les impôts payés à l'étranger déductibles sont les impôts analogues aux taxes foncières ou à l'impôt sur le revenu que les revenus immobiliers perçus à l'étranger ont généré dans ce pays.

§ II En présence d'une convention fiscale

2522 On appliquera la convention fiscale et son mode d'élimination de la double imposition.

En France, on appliquera généralement soit la méthode de l'exonération, soit celle très proche du crédit d'impôt égal à l'impôt français.

Attention : en cas de non-imposition à l'étranger, les pertes ne sont alors pas déductibles en France (ces pertes seront-elles reportables ? Aucun texte et aucune jurisprudence ne donnent la réponse à cette question). Un déficit foncier ou un déficit industriel et commercial ne peuvent être imputés en France. Cependant, ils peuvent être retenus pour le calcul du taux effectif et auront pour conséquence de réduire celui-ci (tel n'est pas le cas avec le mécanisme de crédit d'impôt égal à l'impôt français désormais favorisé à l'occasion de la renégociation de conventions).

La location en meublé

Ces revenus, qui sont imposables dans la catégorie des bénéfices industriels et commerciaux, sont considérés comme des revenus immobiliers dans le cadre des conventions.
La location en meublé est possible en France pour des non résidents.
Il faudra toutefois être prudent, car en présence d'un loueur meublé professionnel, et éventuellement non professionnel, s'il ne possède pas ou peu de revenus de source étrangère, nous pourrions le faire basculer dans la catégorie des résidents de France.
Un investissement par un non-résident en France dans le but de louer en meublé nécessite de la part du notaire d'attirer l'attention de l'investisseur sur le risque qu'il soit qualifié, au terme de l'opération, de résident de France : tant en application de la notion de résidence fiscale en droit interne et du critère de la localisation en France du centre des intérêts économiques (V. *supra*, n° 2452) qu'en application en droit conventionnel du critère du centre des intérêts vitaux (V. *supta*, n° 2459).

CHAPITRE II L'IFI

2523 L'impôt sur la fortune immobilière (IFI) a remplacé l'impôt sur la fortune (ISF) depuis le 1er janvier 2018 (1183). Cet impôt annuel est codifié de l'article 964 à l'article 983 du Code général des impôts. Il concerne les actifs immobiliers (tels que mentionnés à l'article 965 du Code général des impôts) détenus par les personnes physiques, chaque 1er janvier, et à condition que leur valeur excède un seuil actuellement fixé à 1 300 000 €.

(1182) Cas d'une société qui exercerait une activité commerciale à l'étranger mais dans le cadre d'une entreprise exploitée hors de France ; en ce sens CE, 5 juin 1937, n° 42274, *RO* ; BOI-IS-CHAMP-60-10-20, n° 110.
(1183) L. fin. 2018 n° 2017-1837, 30 déc. 2017, art. 31.

Le fonctionnement particulier de cet impôt, qui s'est largement inspiré de l'ISF et qui est bien connu des notaires, ne sera pas rappelé ici. La présente étude se focalisera uniquement sur le fonctionnement de cette imposition dans un cadre international. On étudiera son champ d'application **(Section I)**, puis son assiette **(Section II)**, et enfin la liquidation de l'impôt **(Section III)**.

Section I Champ d'application

Le patrimoine net taxable s'apprécie différemment selon que les personnes sont ou non domiciliées en France. À cet égard, le domicile fiscal s'entend au sens de l'article 4 B du Code général des impôts (V. *supra*, nos 2445 et s.), selon les mêmes critères (sous réserve de l'application des conventions internationales) qu'en matière d'impôt sur le revenu. Toutefois, à la différence de ce dernier, la domiciliation s'apprécie au 1er janvier de la période d'imposition, et non sur l'année (1184). **2524**

§ I Les personnes domiciliées en France

Quelle que soit leur nationalité, les personnes physiques ayant leur domicile fiscal en France sont imposables, à raison de leurs actifs immobiliers (1185) situés en France ou hors de France. **2525**

Toutefois, les personnes physiques qui n'ont pas été fiscalement domiciliées en France au cours des cinq années civiles précédant celle au cours de laquelle elles ont leur domicile fiscal en France ne sont imposables qu'à raison de leurs biens français.

Cette disposition s'applique au titre de chaque année au cours de laquelle le redevable conserve son domicile fiscal en France, jusqu'au 31 décembre de la cinquième année qui suit celle au cours de laquelle le domicile fiscal a été établi en France.

Ainsi, les personnes éligibles à ce dispositif sont celles qui, quelle que soit leur nationalité, n'ont pas été fiscalement domiciliées en France au sens de l'article 4 B du Code général des impôts ou, en présence d'une convention fiscale internationale, qui n'ont pas été résidentes de France au sens de cette convention, et cela au cours des cinq années civiles précédant celle au cours de laquelle elles se domicilient en France (1186).

Il faudra parfois être très persuasif afin que les contribuables domiciliés en France insèrent dans l'assiette de cette imposition la résidence secondaire qu'ils possèdent dans un pays étranger. À titre indicatif, il est utile de savoir que probablement, dans les prochaines années, l'échange automatique des données entre les pays concernant les biens et droits immobiliers détenus à l'étranger ou par des étrangers sera effectif. En effet, il a été indiqué au 115e Congrès des notaires de France, par un responsable de l'OCDE, que le Brésil ainsi que d'autres pays ont mis en place cet échange automatique et que ces échanges d'informations avaient permis avant même l'entrée en vigueur des textes de générer un surplus de recette fiscale qui a été évalué à la somme de 93 milliards de dollars. L'élargissement du domaine des échanges en France n'est pas à exclure.

(1184) En ce sens, Cass. com., 21 juin 2011, no 10-23.136 ; solution rendue s'agissant de l'ISF qui demeure valable en matière d'IFI et reprise au BOI-PAT-IFI-10-10, no 20.
(1185) Actif mentionné à l'article 965 du Code général des impôts.
(1186) BOI-PAT-IFI-10-20, no 110.

§ II Les personnes domiciliées hors de France

2526 Les non-résidents ne sont imposables que sur les biens et droits immobiliers (détenus directement et indirectement) situés en France. Les titres de sociétés sont imposables, à hauteur de la fraction de leur valeur correspondant à des immeubles imposables. Rappelons que dans le passé, seuls les titres de sociétés à prépondérance immobilière et les titres de sociétés détenues à plus de 50 % par le groupe familial étaient imposables à l'impôt sur la fortune. Désormais, même les placements financiers et les sociétés qui ne sont pas à prépondérance immobilière sont imposables pour la quote-part représentative des immeubles.

Les redevables non résidents, à l'exception toutefois de ceux qui sont établis dans l'Espace économique européen, peuvent être invités à désigner, dans un délai de quatre-vingt-dix jours, un représentant en France. À défaut, et conformément à l'article L. 72 A du Livre des procédures fiscales, ils seraient taxés d'office.

Section II Assiette

§ I Les biens détenus directement

2527 Les biens immobiliers situés en France s'entendent de ceux qui ont une assiette matérielle en France métropolitaine ou dans les départements et régions d'outre-mer (Guadeloupe, La Réunion, Mayotte, Guyane et Martinique). L'assiette est restreinte à l'immobilier au sens large, que les notaires maîtrisent parfaitement et qu'il n'est par conséquent pas nécessaire de développer ici. Les exonérations qui étaient applicables en faveur des biens professionnels, des bois et forêts, des parts de groupements forestiers ou fonciers ont été transposées dans le cadre de l'IFI.

§ II Les biens et droits détenus indirectement

2528 Il s'agit de toutes les sociétés ou organismes, quels qu'en soient leur pourcentage, leur forme juridique (SCI, SA, SAS, SARL, etc.), leur régime d'imposition (société de personnes ou société assujettie à l'impôt sur les sociétés), leur nature (cotée ou non), et leur activité ou dénomination, dans lesquelles les personnes physiques composant le foyer fiscal détiennent des droits (1187). Le lieu d'établissement (en France ou à l'étranger) de la société est sans incidence. Par conséquent, sont également concernés, dans les mêmes conditions, les sociétés et organismes de droit étranger. Les biens ou droits peuvent ainsi être détenus à travers un ou plusieurs niveaux d'interposition de sociétés ou d'organismes.

Les organismes de placement collectif type Sicav, fonds commun de placement (FCP), fonds de placement immobilier (FPI) sont concernés.

Lorsque le redevable détient une participation de moins de 10 % dans une société opérationnelle (1188), il peut revendiquer une dispense de taxation, à condition de ne pas être en mesure de disposer des informations indispensables à l'évaluation de la part taxable de ses titres.

(1187) BOI-PAT-IFI-20-20-20-10, n° 10.
(1188) C'est-à-dire activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale.

En ce qui concerne les sociétés d'investissement immobilier cotées (SIIC), le seuil de détention en deçà duquel les actions échappent à l'IFI est fixé à 5 % du capital et des droits de vote (1189). Il faut être prudent, car nombreux sont les non-résidents actionnaires de SIIC qui sont devenus imposables à l'IFI alors qu'ils étaient exonérés au titre de l'ISF.

Pour le traitement de l'IFI dans le cadre des contrats d'assurance vie, V. *infra*, n° 2642. Pour le *trust*, il y a lieu de se reporter *infra*, au n° 2607.

Section III Imposition : modalités de calcul et traitement de la double imposition

Ni le calcul de l'IFI ni celui de sa liquidation ne seront abordés. En effet, cette phase ne comprend pas de difficulté particulière. Il semble plus important de se polariser sur le traitement des doubles impositions. **2529**

§ I Élimination de la double imposition en l'absence d'une convention fiscale

Pour les contribuables domiciliés en France, et afin d'éviter une double imposition qui aurait résulté de l'absence d'une convention fiscale, le législateur a prévu à travers le mécanisme de l'article 980 du Code général des impôts la possibilité d'imputation des impôts sur la fortune acquittée à l'étranger à raison des biens situés hors de France. Le montant de l'impôt imputable est limité à cette fraction. **2530**

Il faut préciser que les impôts locaux français (la taxe foncière par exemple) ne sont pas imputables (1190).

Conformément aux dispositions prévues au II de l'article 973 du Code général des impôts, certaines dettes contractées, directement ou indirectement, par la société ou l'organisme notamment auprès du redevable et des personnes de son foyer fiscal ou de son cercle familial ne sont pas déductibles.

Il s'agit d'une règle anti-abus (1191). À ce titre ne sont pas prises en compte pour la valorisation des titres d'une société ou d'un organisme les dettes contractées, directement ou indirectement, par la société ou l'organisme :
- pour l'acquisition d'un bien ou droit immobilier au redevable ou à un membre de son foyer fiscal ;
- lorsque le redevable contrôle, au sens du 2° du III de l'**article 150-0 B *ter* du Code général des impôts**, seul ou conjointement avec les autres membres de son foyer fiscal (au sens de l'IFI), la société ou l'organisme.

Dans le cadre d'une vente à soi-même, il faudra informer le contribuable de l'existence de cette clause anti-abus, principalement si le vendeur est un non-résident, car il est arrivé dans le passé de constater ce genre d'abus.

Attention : le plafond de déduction des dettes pour les gros patrimoines peut entraîner des surprises, notamment en cas d'achat par un non-résident d'une « belle »résidence. En effet, en application de l'article 974, IV du Code général des impôts, lorsque la valeur vénale du

(1189) CGI, art. 972 *ter*.
(1190) Ces impôts sont toutefois déductibles de l'assiette de l'IFI.
(1191) BOI-PAT-IFI-20-30-30, n° 60.

patrimoine taxable est supérieure à 5 millions d'euros et que le montant de la dette excède 60 % de cette valeur, seul 50 % de l'excédent de cette dette est déductible.

Exemple

M. Farat, non résident, souhaite acheter un hôtel particulier parisien moyennant le prix de 9,5 millions d'euros. Il vous informe de son intention de contracter un emprunt à la Banque nationale de Paris pour 7 millions d'euros. Il vous interroge sur le montant de l'impôt sur la fortune qu'il devra payer en France.
Le montant emprunté représente 73,68 % de la valeur du bien immobilier, l'emprunt dépasse donc le seuil de 60 %, pour la somme de 1 300 000 €.
Cette somme ne sera déductible qu'à hauteur de 50 %, soit 650 000 €.
Le montant total déductible se limitera à la somme de (9 500 000 € × 60 % = 5 700 000 € + 650 000 €) = 6 350 000 €.
M. Farat sera redevable de l'IFI sur une base nette taxable de (9 500 000 € – 6 350 000 €), soit 3 150 000 €.
Toutefois, si M. Farat peut justifier que l'emprunt n'a pas été contracté dans un objectif **principalement fiscal** (1192), la totalité de la dette s'élevant à 7 000 000 € sera déductible.

§ II Élimination de la double imposition en présence d'une convention fiscale

2531 La France a signé quelques conventions fiscales qui visent à éviter une double imposition en matière d'impôt sur la fortune. Ces conventions ont été signées sous l'emprise des anciens impôts sur la fortune ou sur la grande fortune. En pratique, l'imposition de la fortune dans les pays étrangers est peu fréquente.

Peut-on considérer que ces conventions peuvent être applicables en matière d'impôts sur la fortune immobilière ?

L'IFI est un nouvel impôt. Toutefois ainsi qu'il est indiqué *supra*, au n° 2486, ces conventions visent très souvent, dans leurs articles introductifs formant les chapitres I et II, les anciens impôts sur la fortune et la grande fortune, **mais également les impôts de nature identique ou analogue qui s'ajouteraient dans l'avenir**. On peut en déduire que les anciennes conventions fiscales en matière d'impôt sur la fortune ou la grande fortune sont bien souvent applicables pour éliminer une éventuelle double imposition en matière d'impôt sur la fortune immobilière. Cette souplesse évite aux États de devoir signer de nouvelles conventions.

Cette analyse est confirmée par l'administration fiscale (1193). Elle a jugé utile d'ajouter une remarque en ce sens : « **Remarque** : les principes guidant l'interprétation des dispositions des conventions fiscales utilisées en matière d'impôt de solidarité sur la fortune (ISF) sont repris en matière d'IFI. Il n'en reste pas moins qu'une convention applicable à l'ISF ne l'est pas nécessairement à l'IFI, un examen au cas par cas des stipulations conventionnelles étant nécessaire ».

Il faudra être attentif et lire *a minima* les conventions fiscales conclues par la France. En effet, elles peuvent parfois prévoir une dérogation à la règle générale de l'imposition sur la totalité des biens français et étrangers en faveur des personnes physiques ayant la nationalité de l'autre État partie à la convention qui deviennent des résidents de France. Cette dérogation n'est en revanche pas susceptible de s'appliquer aux personnes de nationalité française (1194).

(1192) Le législateur n'a pas utilisé le terme « objectif exclusivement fiscal », comme il était prévu en matière d'abus de droit, avant la loi de finance pour 2019.
(1193) BOI-PAT-IFI-10, n° 30.
(1194) BOI-PAT-IFI-10-20, n° 1.

CHAPITRE III La taxe de 3 % sur la valeur vénale des immeubles

Cette taxe est spécifique aux non-résidents qui ont à leur disposition ou qui possèdent des immeubles en France. **2532**

Section I Abandon de l'imposition forfaitaire des personnes physiques non résidentes disposant d'une résidence en France

La loi de finances rectificative n° 2015-1786 du 29 décembre 2015 a supprimé le dispositif de l'article 164 C du Code général des impôts, au motif qu'il ne pouvait être appliqué à un non-résident puisqu'il ne l'était pas à un résident. **2533**

Ces dispositions désormais abrogées assujettissaient les personnes physiques non résidentes de France à l'impôt sur le revenu sur la base de la valeur locative de(s) la(es) résidence(s). L'assiette imposable était égale à trois fois la valeur locative réelle de l'habitation située en France. Elle était forfaitaire et aucune charge n'était déductible.

Section II La taxe de 3 % sur la valeur vénale des immeubles appartenant à certaines entités juridiques

Cette taxe a pour assiette la valeur vénale des immeubles possédés en France par les entités juridiques (1195) françaises (1196) ou étrangères qui sont à prépondérance immobilière en France. Elle a été créée par la loi du 29 décembre 1982, mais il existe de nombreuses exceptions. Le dispositif de cette taxe annuelle est contenu aux articles 990 D à 990 G du Code général des impôts. **2534**

Quel était l'objectif recherché par le législateur lors de la création de cette taxe ?

Les personnes qui achètent des propriétés en France en utilisant des personnes morales qui seraient établies dans des paradis fiscaux peuvent échapper à l'impôt sur la fortune immobilière, aux droits de mutation à titre onéreux et éventuellement à l'impôt de plus-values à l'occasion de la cession de leurs parts. En effet, l'administration fiscale ne peut (faute de convention fiscale comprenant une clause d'assistance administrative) connaître le nom des associés de ces personnes morales. Cette taxe est en quelque sorte un impôt de compensation censé pallier ce manque à gagner.

Les actifs immobiliers situés en France détenus directement ou par entité interposée ainsi que les droits réels sont concernés.

(1195) Il s'agit notamment des personnes morales, d'organismes (type *Anstalten* et *Stiftungen* au Liechtenstein, groupement, groupement d'intérêt économique), fiducies, *trusts*, ou autres institutions comparables (BOI-PAT-TPC-10-10, n^{os} 1 et s.).

(1196) Les cas d'exonérations prévues pour les sociétés qui établissent leurs déclarations et obligations fiscales annuelles font qu'en pratique seules les entités situées hors de France, dans des pays n'ayant pas conclu une convention d'assistance administrative seront taxées, ainsi que les entités souhaitant conserver l'anonymat des associés.

Lorsque ces actifs appartiennent à une entité constituant le premier niveau d'une succession de participations, la taxe sera due par l'entité non exonérée constituant le niveau le plus proche de l'immeuble. En cas d'exonération, il faudra taxer l'entité qui sera située au niveau suivant (1197).

Le paiement de cette taxe n'est pas libératoire de l'impôt sur le revenu (notamment sur les revenus locatifs), ni de l'impôt sur les sociétés.

L'assiette de cette taxe concerne les immeubles bâtis et non bâtis situés en France (et les droits réels). Peu importe qu'ils soient libres ou occupés et peu importe la nature du bail.

Toutefois, ne sont pas concernés les actifs constituant les stocks des entités exerçant une activité de marchand de biens ou de promoteur constructeur.

Sont également exclues du champ d'application les entités juridiques exonérées par nature (1198) et celles bénéficiant d'une exonération conditionnée par le lieu de situation de leur siège (1199).

Cette taxe est due pour les immeubles ou droits réels possédés au 1er janvier de l'année d'imposition et le redevable est tenu de souscrire en double exemplaire une déclaration sur le formulaire nº 2746.

(1197) Pour exemple : BOI-PAT-TPC-10-20, nº 10.
(1198) Cf. BOI-PAT-TPC-20-10.
(1199) Cf. BOI-PAT-TPC-20-20.

QUATRIÈME PARTIE

Rémunération et protection sociale : les enjeux de l'international

TITRE I

Le contrat de travail du salarié en mobilité internationale

SOUS-TITRE I

Détachement ou contrat local ?

CHAPITRE I Détachement

2535 En cas de détachement d'un salarié vers un pays étranger, il y a maintien du contrat de travail originaire. Par conséquent, il y a un maintien du lien de subordination avec la société employeur.

Quelles seront pendant cette période de détachement la ou les règles applicables au contrat de travail ? Dans la pratique, l'employeur et le salarié régularisent un avenant de mission à l'étranger. Cet avenant indique :

- le nouveau lieu de travail ;
- la rémunération (montant, lieu de paiement, avantages en nature) ;
- les dispositions spécifiques au temps de travail ;
- la protection sociale applicable (détachement ou expatriation, régimes complémentaires de frais de santé, de prévoyance, de retraite, éventuellement assurance rapatriement) ;
- les modalités d'égalisation fiscale, les obligations du salarié en la matière ;
- la gestion du retour (les cas de fin de mission anticipée, les modalités de rémunération pendant les mois précédant le retour).

Le détachement peut paraître avantageux pour le salarié, car il conserve le bénéfice des régimes collectifs applicables, et notamment les participations, intéressements, la prévoyance et la retraite supplémentaire. De plus, il présente un caractère de simplicité en cas de fin anticipée de mission et en cas de rupture du contrat de détachement.

La difficulté du détachement réside dans un risque de coemploi si la société locale se comporte en employeur. Il existe alors pour l'employeur un risque que le salarié attaque en justice les deux sociétés et que les juges des deux États condamnent les sociétés à des dommages.

CHAPITRE II Contrat local

Le contrat local est celui conclu avec la société étrangère d'accueil. Dans ce type de contrat, on rappelle que la loi applicable sera celle telle que déterminée par le règlement Rome I. Le salarié ne dépend plus de la société originaire et les liens de subordination entre eux sont rompus. Toutefois, le contrat de travail peut soit être rompu, soit être simplement suspendu pendant la durée de la mission à l'étranger. En cas de rupture, le salarié négocie des conditions particulières de départ. **2536**

En pratique il est d'usage de prévoir un avenant de suspension. Ce dernier indique : la durée de la suspension, le régime de protection sociale (notamment en cas d'assurance volontaire en France souscrite par l'employeur d'origine) (1200), les dispositions en matière d'égalisation fiscale, les modalités de rapatriement.

Dans le cas particulier de régularisation d'un contrat local avec une société qui serait une société fille de la société d'origine (société mère), le salarié bénéficie en cas de rupture du contrat par la société fille d'un droit de réintégration obligatoire en cas de rupture du contrat local en vertu de l'article L. 1231-5 du Code du travail. Le salarié revient au même poste (ou à un poste équivalent) qu'au jour de son départ et il peut prétendre au même salaire et à la même ancienneté.

Le contrat local est plus logique qu'un simple détachement au-delà d'une certaine durée. Il évite le risque de coemploi et la gestion du contrat s'effectue intégralement en local pendant la durée de la mission (sauf cotisation volontaire à l'assurance française et à l'assurance chômage).

Pour le salarié, le contrat local présente l'inconvénient de lui faire perdre les avantages liés à la qualité de la société française, pour lesquels il faudra négocier une compensation. Surtout qu'en cas de rupture, il existe une obligation de rompre les deux contrats, avec des motifs différents.

Un contrat d'expatriation est un contrat local.

SOUS-TITRE II

Mise à disposition de personnel

CHAPITRE I Conditions de la mise à disposition

La mise à disposition de personnel est un prêt de main-d'œuvre à but non lucratif prévu par l'article L. 8241-2 du Code du travail. **2537**

Pour effectuer une mise à disposition, il faut que le salarié donne son consentement ; qu'une convention de mise à disposition entre les deux entreprises soit régularisée et que celle-ci indique clairement la définition de la durée, l'identité et la qualification du salarié concerné, le mode de détermination des salaires, des charges sociales et frais professionnels facturés à l'entreprise utilisatrice. Dans ce type de contrat, la société prêteuse n'a pas le

(1200) Il existe à ce sujet une obligation d'information de la part de l'employeur.

droit de facturer une marge et elle est obligée de facturer tous les coûts. En pratique cet exercice est fastidieux.

Le salarié et la société prêteuse devront également régulariser un avenant au contrat de travail qui indiquera les tâches confiées dans l'entreprise utilisatrice, les horaires et le lieu d'exécution du travail ainsi que les caractéristiques particulières du poste de travail. À la fin de la mise à disposition, le salarié retrouve son poste ou un poste équivalent dans l'entreprise prêteuse.

CHAPITRE II Mise à disposition de salariés en France

2538 Dans ce cas particulier, il y a lieu d'appliquer au salarié prêté à une société située en France par une société située à l'étranger, les dispositions légales et conventionnelles de droit commun pour la branche d'activité qui le concerne. Notamment le droit à la non-discrimination, l'exercice du droit de grève, la durée du travail, le repos compensateur, les jours fériés, les congés annuels payés, le droit au salaire minimum et le droit aux majorations pour les heures supplémentaires.

TITRE II

Optimisation fiscale de la rémunération

SOUS-TITRE I

Résidence fiscale du salarié

CHAPITRE I Rappel du principe de résidence fiscale du salarié

2539 En droit interne, la résidence fiscale du salarié est déterminée en application des critères alternatifs définis à l'article 4 du Code général des impôts (pour approfondissement, V. *supra*, n^{os} 2445 et s.).

En présence d'une convention fiscale, il faut se reporter à la définition contenue dans les articles introductifs de celle-ci (pour approfondissement, V. *supra*, n^{os} 2456 et s.).

CHAPITRE II Conséquences de la détermination de la résidence fiscale du salarié

La résidence fiscale du salarié permet de définir le pays de l'État de résidence. Il faut rappeler qu'en matière de fiscalité internationale, le contribuable (sauf le jeu d'une convention fiscale) est tenu de déclarer à son État de résidence l'intégralité de ses revenus mondiaux. En droit conventionnel, les États éliminent la double imposition. En cas d'application du modèle OCDE, il est alors prévu que les salaires sont imposables dans l'État d'exercice de l'activité. **2540**

SOUS-TITRE II

Lieu d'imposition des salariés

CHAPITRE I Lieu d'imposition des salariés en droit interne

Section I Cas du résident fiscal français

Le résident fiscal français est imposable en France sur les salaires tant de source française que de source étrangère. Si le contribuable ne déclare pas spontanément les salaires de source étrangère qu'il a perçus, alors même qu'il aurait reçu de ce pays des formulaires conventionnels, il sera alors redevable des pénalités de mauvaise foi pour manquement délibéré. **2541**

Il existe une particularité pour les primes d'expatriation qui peuvent être exonérées d'imposition en France mais sous conditions.

Les revenus réalisés à l'étranger sont imposables en France même s'ils n'y ont pas été transférés. Le non-rapatriement des fonds est sans importance au regard de l'obligation fiscale (1201) du contribuable résident (1202). Par conséquent, en présence d'un salarié soumis au mécanisme du *slipt payroll* (1203), et si ce dernier est détaché à l'étranger avec sa famille, il devient non-résident et ne devra plus l'impôt en France sur ses salaires, même s'il se fait rémunérer pour partie en France. Parallèlement, il sera imposable sur la totalité de sa rémunération à l'étranger. À l'étranger, et en l'absence d'une convention fiscale en matière d'impôt sur le revenu, si l'état de la source impose dans son droit interne les traitements et salaires, nous serons alors dans un cas de double imposition.

(1201) BOI-IR-CHAMP-10, n° 20.

(1202) Le critère de rapatriement ne s'applique pas au Royaume-Uni, qui pratique la *remittance basic* ; selon ce mécanisme, les personnes physiques de nationalité étrangère qui résident au Royaume-Uni n'y sont imposables que sur leurs revenus de source britannique et ne sont imposables sur leurs revenus étrangers qu'en cas de rapatriement sur le territoire britannique ou d'utilisation des revenus au Royaume-Uni.

(1203) Il s'agit, pour les groupes, de répartir les salaires de certains cadres entre les différentes entités telles que filiales ou succursales, si les cadres travaillent pour le compte de ces entités et sont physiquement présents dans les pays en cause.

Section II Cas du salarié expatrié

2542 Afin de faciliter la présence française à l'étranger, l'article 9 de la loi du 29 décembre 1976, codifié sous l'article 81 A du Code général des impôts, a mis en place un régime fiscal favorable pour le salarié envoyé à l'étranger par un employeur établi en France, à la condition qu'il conserve son domicile fiscal en France (1204) : ce dernier bénéficie d'un régime d'exonération totale ou partielle à l'impôt sur le revenu de ses traitements et salaires perçus en rémunération de l'activité exercée à l'étranger. Précisons que les sommes exonérées sont prises en compte, d'une part, pour le calcul du taux effectif et, d'autre part, pour la détermination du revenu fiscal de référence. Ce régime ne bénéficie pas aux travailleurs frontaliers. Les dispositions de l'article 81 A du Code général des impôts ne s'appliquent pas en présence d'une convention fiscale (1205). Il y a lieu de préciser que l'exonération ne vise que l'impôt sur le revenu et ne s'étend pas aux cotisations de sécurité sociale.

L'employeur doit être établi en France ou dans un autre État de l'Union européenne ou encore dans un 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 fiscale (tel est le cas de l'Islande, le Liechtenstein et la Norvège). En pratique, il est sans importance que la rémunération soit payée en France ou à l'étranger par l'entreprise installée en France ou par une de ses filiales (1206).

Quel doit être le lieu d'exercice de l'activité ? L'activité salariée doit être exercée dans un État autre que la France **et** que celui du lieu d'établissement de l'employeur. Pour exemple : pour un salarié résident de France, employé par une entreprise établie en Espagne, l'activité devra se dérouler hors de France (lieu de son domicile fiscal) et d'Espagne (lieu d'établissement de son employeur).

L'exonération sera totale si le contribuable peut justifier que sa rémunération a été soumise à un impôt sur le revenu dans l'État d'exercice de l'activité. L'assiette taxable doit être au moins égale aux deux tiers de celle qui est définie en France en application de l'article 81 A-I-1° du Code général des impôts. L'exonération peut aussi être acquise en fonction des activités exercées, sous condition d'une durée d'exercice minimale (1207).

Exonération partielle : elle portera sur les seuls suppléments de rémunération liés à l'expatriation, au profit du contribuable qui ne peut bénéficier d'une exonération totale. Pour bénéficier de cette exonération, trois conditions doivent être simultanément réunies :

- les suppléments de rémunération doivent être versés en contrepartie de séjours réalisés dans l'intérêt direct et exclusif de l'employeur (1208) ;

(1204) Tel est le cas si le salarié détaché a laissé sa famille dans notre pays.

(1205) Eu égard à l'existence d'un réseau de convention important, cet article s'applique peu en pratique.

(1206) BOI-RSA-GEO-10-10, n° 120.

(1207) CGI, art. 81 A-I-2°. Détachement à l'étranger de plus de 183 jours au cours d'une période de douze mois consécutifs pour une activité limitativement prévue par la loi (la réalisation de chantiers de construction ou de montage, l'installation d'ensembles industriels, leur mise en route et leur exploitation, la prospection et l'ingénierie y afférentes ; la recherche ou l'extraction de ressources naturelles ; la navigation à bord de navires immatriculés au registre international français) ou 120 jours pour l'activité de prospection des « marchés internationaux ».

(1208) Les jours de congés pris lors d'un déplacement professionnel ne sont donc pas pris en compte.

- le déplacement doit nécessiter une résidence d'une durée effective d'au moins vingt-quatre heures dans un autre État (1209) ;
- et le supplément de rémunération ne peut pas excéder 40 % de la rémunération précédemment définie.

Section III Cas du résident hors de France percevant des salaires en rémunération d'une activité exercée en France

2543 Le non-résident français est presque toujours imposable en France des traitements et salaires qui rémunèrent une activité exercée en France (ceci s'applique quels que soient le lieu d'implantation de l'employeur et/ou le lieu de paiement du salaire). En application de l'article 182 A du Code général des impôts, les salaires sont soumis à une retenue à la source (1210) au taux de 0 %, 12 % et 20 % (les taux de 12 % et de 20 % sont ramenés à 8 % et 14,4 % dans les DOM) (1211) ; 0 % en deçà de 14 446 €, 12 % de 14 446 € à 41 909 € et 20 % au-delà de 41 909 €. La fraction soumise à la retenue au taux de 20 % n'est pas libératoire. Par conséquent, une régularisation doit être effectuée (par voie de rôle). À l'étranger, il se peut qu'ils soient également imposables en vertu du droit interne de ce pays.

CHAPITRE II Lieu d'imposition des salariés en droit conventionnel

2544 En présence d'une convention, le droit fiscal interne n'est pas applicable.

Le contribuable expatrié longue durée peut être considéré comme résident de l'État étranger par le jeu des clauses conventionnelles, mais en général il est exonéré d'impôt en France sur le fondement de la convention fiscale et même s'il peut être considéré comme fiscalement domicilié dans notre pays selon notre droit interne.

Toutefois, en cas d'expatriation, même pour une longue durée, le salarié peut, sur le fondement des conventions fiscales rédigées conformément au modèle de convention fiscale de l'OCDE, être considéré comme domicilié en France dans le cas où le centre de ses intérêts vitaux est jugé comme situé en France (en raison de la présence de son foyer et de la réalisation de revenus de source française en sus de ses revenus professionnels étrangers).

Si le salarié ne travaille à l'étranger qu'un an ou deux, il est moins évident de pouvoir affirmer qu'il a acquis un foyer d'habitation permanent à l'étranger. Dans ce cas particulier, il faudra considérer qu'il reste fiscalement résident de France au sens de la convention, si la réponse à la question de l'existence d'un foyer d'habitation permanent à l'étranger est négative. Il faudra alors examiner le second critère conventionnel, celui du centre des intérêts vitaux, et à défaut le lieu de séjour.

(1209) On compte cette durée entre la date d'arrivée dans l'État étranger et la date de départ de celui-ci ; ce qui exclut les temps de transport pour s'y rendre et en revenir. La durée doit être ininterrompue.
(1210) Pour les frais professionnels, en application de l'article 182 A du Code général des impôts, il y aura lieu d'appliquer pour déterminer la base imposable, la déduction forfaitaire de 10 % pour frais professionnels.
(1211) BOI-IR-DOMIC-10-20-20-10, n° 180.

À retenir

- **Le salarié détaché pour plus de deux ans** sera très probablement considéré, au sens de la convention fiscale, comme résidant hors de France.
- **Le salarié détaché ente un an et deux ans :** selon l'avis d'un auteur (1212), l'hésitation est permise et il faudrait un séjour d'au moins deux ans pour considérer que ce dernier à son foyer d'habitation permanent à l'étranger et par conséquent sa résidence fiscale dans ce pays.
- **Le salarié détaché de moins d'un an** restera domicilié en France s'il a son foyer ou le centre de ses intérêts vitaux en France (1213).
- En cas de différend entre les États, ce dernier sera résolu par voie d'accord amiable.

En application des conventions, les traitements et salaires **sont imposables en principe dans l'État où l'activité est exercée** (1214)**, sauf exception des clauses de séjour temporaire**.

La clause de séjour temporaire déroge au principe de l'imposition dans l'État de l'activité : elle s'applique pour **les missions temporaires**. D'autre part, l'article 15, 2 du modèle OCDE prévoit la taxation des traitements et salaires liés aux activités exercées à l'étranger en France :

- si le salarié séjourne dans le pays étranger moins de 183 jours au cours de l'année fiscale considérée ou sur l'année civile ou sur toute période de douze mois consécutifs (cf. selon les conventions) ;
- si les salaires sont payés par l'employeur ou pour le compte d'un employeur, qui n'est pas un résident de l'autre État, et ;
- si la charge des salaires n'est pas supportée par un établissement stable que l'employeur a dans l'autre État.

Le cas de l'imposition du salarié expatrié : si le salarié expatrié est domicilié en France et si la convention fiscale exonère le salarié d'imposition en France, la convention fiscale peut prévoir, dans l'article relatif à l'élimination des doubles impositions, qu'il est exonéré en France, sous réserve du taux effectif (1215) . Il est légitime de s'interroger pour savoir si le taux effectif est applicable, sachant qu'il ne peut exister dans le cadre d'une convention fiscale que si la rémunération est taxable en France en droit interne. L'article 81 A, I du Code général des impôts créé une catégorie de revenus exonérés en droit interne. Selon la jurisprudence (1216), en présence d'une convention de ce type, le salarié ne peut échapper au mécanisme du taux effectif.

(1212) B. Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales*, Francis Lefebvre, 11e éd. 2016, no 42725.
(1213) En ce sens CE, 8e et 9e ss-sect., 26 juill. 1985, no 40816 : *RJF* 10/1985, no 1247.
(1214) Cf. Modèle OCDE, art. 15, 1. Cet article est repris par la majorité des conventions fiscales régularisées par la France.
(1215) Le taux effectif ayant pour objet de maintenir la progressivité de l'impôt pour les autres revenus qui y sont assujettis ; les revenus exonérés sont retenus pour le calcul du taux effectif.
(1216) CE, 3e et 8e ss-sect., 17 oct. 2007, no 284153, *de Chasteigner : RJF* 1/2008, no 5.

SOUS-TITRE III

Principe de l'égalisation fiscale ou *Gross-up*

CHAPITRE I Définition de l'égalisation fiscale

L'égalisation fiscale ou *Gross-up* est la garantie d'une rémunération nette minimale après cotisations de sécurité sociale et impôts locaux. **2545**

En pratique, il existe deux solutions :
- on calcule la rémunération nette de cotisations sociales et d'impôts (impôt hypothétique) qui auraient été dus si le salarié était resté en France ; puis, à partir de la rémunération nette obtenue, on calcule une rémunération brute avant cotisations sociales et impôts sur le revenu local ;
- on calcule les cotisations et l'impôt hypothétique français ; puis prélèvement sur le salaire du montant correspondant par l'employeur, qui prend en charge directement le paiement des charges et impôts réels en local.

CHAPITRE II Compensation fiscale

La compensation est le remboursement du différentiel d'impôts sur le revenu entre l'État d'origine et l'État d'accueil. L'opération consiste à effectuer le calcul de l'impôt sur le revenu local (A) puis le calcul de l'impôt théorique en France (B) ; si A est supérieur à B, la différence est remboursée au salarié par l'entreprise ; si A est inférieur à B, la différence est remboursée par le salarié à l'entreprise. Attention, le supplément remboursé sera soumis aux charges et à l'impôt sur le revenu. **2546**

SOUS-TITRE IV

Régime de l'impatriation

CHAPITRE I En faveur des salariés venant de l'étranger

Ce régime a été mis en place dans le cadre d'un plan destiné à rendre la France plus attrayante pour les investisseurs internationaux. L'article 23 de la loi n° 2003-1312 du 30 décembre 2003 de finances rectificative pour 2003 a créé un dispositif spécial qui se traduit par l'exonération des suppléments de rémunération liés à leur installation en France, pour une durée de six ans, afin de favoriser l'installation ou le retour en France de cadres de haut niveau ou d'investisseurs. **2547**

Section I Champ d'application

2548 Ce régime est applicable aux salariés appelés à exercer temporairement une activité salariée ou aux mandataires sociaux fiscalement assimilés aux salariés (1217) s'ils n'ont pas été résidents fiscaux français pendant les cinq années précédant leur prise de fonction, et qui établissent leur résidence fiscale en France (1218) à compter de leur activité en France. Attention, l'administration fiscale considère que l'impatrié ne peut bénéficier de ce régime de faveur s'il n'est pas considéré comme résident de France en application des critères de la convention fiscale, (même si il est considéré comme résident au sens du droit interne) ; il doit être résident au sens conventionnel et au sens de l'article 4 B a et b du 1 du Code général des impôts.

Le régime perdure si le salarié change de contrat de travail dans les cinq ans de son arrivée en France, suite à un changement d'employeur ou de fonctions, si toutefois ce changement intervient soit au sein de l'entreprise française, soit au sein d'une autre entreprise établie en France appartenant au même groupe.

Section II Avantages du régime

2549 Il existe deux types d'avantages :

- **pour les salariés en mobilité :** les impatriés ne sont pas soumis à l'impôt à raison des suppléments de rémunération (1219) et l'exonération s'applique jusqu'au 31 décembre de la cinquième année suivant celle de leur prise de fonction en France (salarié en mobilité) ; pas de restriction sur le type de rémunération concernée (en espèces ou avantages en nature, indemnité ou prime d'impatriation, indemnité compensatrice du coût de la vie, bonus) ;
- **pour les salariés embauchés directement depuis l'étranger :** dans le cas des impatriés recrutés directement à l'étranger par une entreprise établie en France, ils peuvent opter pour un abattement forfaitaire de 30 % sur le montant de la rémunération imposable. Cette option d'évaluation forfaitaire de leur prime d'impatriation est possible alors même que le contrat de travail ou mandat social mentionnerait une prime.

Attention, pour bénéficier de l'exonération du supplément de rémunération d'imposition, le législateur a prévu un plafond minimum de rémunération. C'est en quelque sorte une clause anti-abus : la rémunération imposable résultant de l'application des exonérations ne doit pas être inférieure à la rémunération imposable perçue par un salarié exerçant des fonctions similaires dans l'entreprise ou dans des entreprises concurrentes établies en France ; à défaut, la différence devra être réintégrée dans le revenu imposable.

(1217) Le champ d'application du dispositif s'étend aux personnes assimilées aux salariés en vertu de l'article 80 *ter*, b-1, 2 et 3 du Code général des impôts, notamment dans : – les sociétés anonymes et dans les SAS : le président du conseil d'administration, le directeur général, le directeur général délégué, l'administrateur ; – dans la SARL : les gérants minoritaires ou égalitaires.

(1218) Le salarié impatrié doit avoir son foyer (ou le lieu de son séjour principal) en France et y exercer son activité professionnelle principale.

(1219) Par ex. : prime d'impatriation ; CGI, art. 155 B I.

Section III Plafonnement des exonérations en cas d'exercice d'une activité par le salarié en France et en même temps à l'étranger

Dans cette configuration particulière, le salarié impatrié peut annuellement opter : **2550**
- **soit pour un plafonnement global des exonérations accordées** (primes d'impatriation et fraction de la rémunération correspondant à l'activité exercée à l'étranger) à hauteur de 50 % de la rémunération totale (rémunération de l'activité exercée à la fois en France et à l'étranger) ;
- **soit pour une limitation de la fraction de rémunération exonérée** correspondant à l'activité exercée à l'étranger définie à hauteur de 20 % de la rémunération imposable au titre de l'activité exercée en France (c'est-à-dire rémunération hors prime d'impatriation). Dans ce cas, pas de limite pour l'exonération de la prime d'impatriation sauf salaire net comparable.

Section IV Exonération d'impôt sur le revenu pour certains types de revenus de source étrangère

De plus, les salariés impatriés bénéficient d'une exonération de certains revenus passifs provenant de l'étranger, savoir : **2551**
- d'une exonération pour 50 % de leur montant et pendant cinq ans de certains revenus passifs énumérés par l'article 155 B, II du Code général des impôts (imposition des dividendes, des droits d'auteur et revenus de droits de propriété industrielle, des plus-values de cession de valeurs mobilières étrangères ou dont le dépositaire est établi hors de France – si le paiement a été effectué par une personne établie hors de France dans un État ayant signé avec la France une convention comportant une clause d'assistance administrative) ;
- d'une exonération d'IFI pendant cinq ans des biens situés hors de France.

CHAPITRE II En faveur des impatriés non salariés

Cette exonération ne concernait que les impatriés non salariés ayant pris leurs fonctions entre 2008 et 2011. Cette exonération était limitée à une durée de six ans. Les nouveaux impatriés ne pouvant plus en bénéficier, on ne développera pas ce régime particulier. **2552**

SOUS-TITRE V

Cas des agents de l'État en service à l'étranger

En vertu de l'article 4 B, 2 du Code général des impôts : « 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 ». **2553**

Par conséquent, si dans l'État étranger il n'existe pas d'impôt sur le revenu ou que les revenus des agents bénéficient d'une exonération expresse en vertu de la législation interne de cet État, alors ils seront considérés comme résidents de France, et à ce titre imposables (même s'ils ne remplissent pas les conditions pour être considérés comme résidents au sens de l'article 4 B, 1 du Code général des impôts).

Les agents de l'État (1220) (notamment les fonctionnaires, les militaires, les magistrats de l'ordre judiciaire) peuvent bénéficier, en partie, des dispositions de l'article 81 A du Code général des impôts, c'est-à-dire de l'exonération en cas d'assujettissement à l'impôt à l'étranger. Ils peuvent aussi bénéficier de l'exonération des suppléments de rémunération. Précisons que les sommes exonérées sont intégrées pour le calcul du revenu fiscal de référence et pour le calcul du taux effectif (1221).

SOUS-TITRE VI

Travailleurs frontaliers

2554 Les travailleurs frontaliers exercent une activité à l'étranger, mais ne peuvent bénéficier d'exonération totale ou partielle. L'administration fiscale considère qu'il n'y a pas lieu d'assimiler ce travail à l'étranger à un « séjour ». Les travailleurs frontaliers n'ont donc pas la qualité d'expatrié.

TITRE III

La protection sociale du salarié en mobilité internationale

SOUS-TITRE I

La loi de la sécurité sociale applicable

2555 En application du principe de territorialité, tout employeur qui occupe un salarié en France doit cotiser auprès du régime français de sécurité sociale. Si l'activité est exercée hors de France, l'obligation de verser des cotisations au régime national disparaît. Toutefois par exception, en cas de détachement, le salarié peut être maintenu au régime français.

(1220) BOI-RSA-GEO-20, n° 40.
(1221) CGI, art. 197 C

Dans le cas particulier où le salarié exerce son activité simultanément dans plusieurs États, la loi applicable est fonction du lieu d'emploi. Si le lieu d'emploi est situé en zone UE-EE-Suisse ; la loi applicable est définie par le règlement communautaire n° 883/2009 et le règlement d'application n° 987/2009 qui pose le principe d'unicité de la législation applicable.

Si le lieu d'emploi est situé dans un pays hors zone UE-EEE-Suisse ; la loi applicable est définie par la convention de sécurité sociale.

Si le lieu d'emploi est situé dans un pays hors zone UE-EEE-Suisse non lié à la France par une convention de sécurité sociale ; la loi applicable est celle de la législation du lieu de travail (sauf détachement).

SOUS-TITRE II

Détachement ou expatriation

CHAPITRE I Détachement et loi de sécurité sociale applicable

2556 En cas de détachement, l'article L. 761-1 de Code de la sécurité sociale dispose que : « Les travailleurs détachés temporairement à l'étranger par leur employeur pour y exercer une activité salariée qui demeurent soumis à la législation française de sécurité sociale en vertu de conventions ou de règlements internationaux sont réputés, pour l'application de cette législation, avoir leur résidence et leur lieu de travail en France ».

Pour appliquer cet article, il faut que le lien de subordination avec l'employeur français soit maintenu, que la mission à l'étranger soit temporaire (c'est-à-dire deux ans maximum si la mission est située dans l'Union européenne) (1222) et que sa durée ne soit pas supérieure à celle prévue dans les conventions bilatérales (en général entre cinq et six ans maximum), et enfin que le salarié ne remplace pas un autre salarié détaché exerçant la même mission dont le détachement arrive à terme.

CHAPITRE II Expatriation et la sécurité sociale applicable

2557 En cas d'expatriation, l'article L. 762-1 du Code de la sécurité sociale dispose que : « Les travailleurs salariés ou assimilés de nationalité française qui exercent leur activité dans un pays étranger et qui ne sont pas ou ne sont plus soumis à la législation française de sécurité sociale en vertu d'une convention internationale ou de l'article L. 761-2... ».

En application de ce texte, lorsque qu'il existe un régime de sécurité sociale dans le pays où le travailleur s'expatrie, il a l'obligation de s'y affilier. En cas d'expatriation dans un État hors de l'Union européenne, le travailleur doit obligatoirement rester affilié à l'assurance chômage française en application de l'article L. 5433-13 du Code du travail. Il peut volontairement (c'est optionnel) s'affilier au régime français soit auprès d'un assureur, soit auprès d'un centre de formalités des entreprises (CFE) pour la maladie, maternité, invalidité,

(1222) Dérogations possibles.

accidents du travail ou maladie professionnelle, retraite (régimes de base et complémentaire obligatoire). En cas d'existence d'une convention avec le pays d'accueil, le cumul entre le régime obligatoire et l'assurance volontaire peut être limité. Il faut avoir à l'esprit que les définitions entre sécurité sociale et droit du travail peuvent être différentes ; par exemple, un salarié détaché en droit du travail peut en théorie être détaché ou expatrié en sécurité sociale, ou un salarié expatrié en droit du travail est forcément expatrié en sécurité sociale (pas de maintien du lien de subordination).

En pratique, sur le bulletin de paie d'un salarié détaché depuis la France, les cotisations sont les mêmes que pour un salarié français classique, à l'exception de la contribution sociale généralisée (CSG) et de la contribution à la réduction de la dette sociale (CRDS) qui ne sont plus dues si le salarié n'est plus résident fiscal français.

SOUS-TITRE III

Activités exercées dans deux ou plusieurs États

CHAPITRE I Dans l'Union européenne

2558 **Si le salarié exerce simultanément deux activités salariées**, en application de l'article 13 du règlement, on applique la législation de l'État membre dans lequel le salarié est résident fiscalement et s'il y exerce une partie substantielle (1223) de son activité. À défaut, si le salarié n'a qu'un seul employeur, on applique la loi de l'État dans lequel l'employeur a son siège, et si le salarié a deux employeurs dans deux États différents (dont l'État de résidence), alors on applique la loi de l'État qui n'est pas l'État de résidence. Enfin, si le salarié a deux employeurs dans deux États différents autres que l'État de résidence, c'est la loi de l'État de résidence qui s'applique.

En cas d'exercice simultané d'une activité salariée et d'une activité non salariée dans plusieurs États membres : on applique la législation de l'État dans lequel est exercée l'activité salariée.

CHAPITRE II Hors Union européenne

2559 La loi applicable sera celle prévue dans la convention. À défaut de mention spécifique dans celle-ci, on applique la loi de l'État d'exercice de l'activité. En cas de *split payroll* (1224), on applique à chaque contrat la loi du lieu d'exercice de l'activité.

En cas d'exercice simultané d'une activité salariée et d'une activité non salariée dans plusieurs États, on applique les législations des États concernés. Attention, dans certains pays le remboursement de soins peut être remboursé forfaitairement selon des grilles. Dans ce

(1223) Une activité est substantielle au regard du temps de travail et/ou de la rémunération. Il faut au moins que le salarié passe 25 % de son temps de travail dans l'État (membre) de résidence et/ou 25 % de sa rémunération doit être gagnée dans cet État.

(1224) Il s'agit, pour les groupes, de répartir les salaires de certains cadres entre les différentes entités telles que filiales ou succursales, si les cadres travaillent pour le compte de ces entités et sont physiquement présents dans les pays en cause.

cas, il faudra conseiller au salarié souhaitant s'expatrier de souscrire une assurance complémentaire maladie et maternité pour couvrir le manque éventuel de couverture. Toujours dans ce cas, il est possible de demander une carte internationale pour faciliter les remboursements. Lors de la retraite, il existe unecoordination entre les pays : les pensions sont versées par chaque pays, mais la France, lors de la liquidation des droits à la retraite en France, totalise la totalité des trimestres de travail en France et hors de France pour vérifier si le demandeur a obtenu assez de trimestres pour faire valoir ses droits à la retraite.

CINQUIÈME PARTIE

Les *trusts*

2560 Le ***trust*** est une institution utilisée dans les États de ***common law***, mais qu'ignorent la plupart des États de ***civil law***. Cette institution étrangère semble pour certaines personnes quelque peu inquiétante ; elle est d'ailleurs inconnue de notre droit. On l'appréhende parfois comme un serpent anglo-saxon, difficilement identifiable et consistant en un montage créé dans un intérêt exclusivement fiscal ou juridique. En ce sens, un auteur (1225) indique avec pertinence : « Actuellement, c'est surtout en raison des excès auxquels il peut conduire en permettant d'occulter les bénéficiaires réels et en facilitant la fraude ou l'évasion fiscales internationales que le ***trust*** est stigmatisé par nombre d'administrations fiscales nationales à la recherche de transparence aux fins de leur propre contrôle fiscal ». Dans les faits, et après lecture de la présente étude, il sera démontré que le ***trust*** est un mécanisme très intéressant et complexe.

Si, pour un Français, le ***trust*** est une institution difficile à maîtriser, de la même manière, pour un Américain les sociétés civiles et le démembrement sont un serpent français effrayant.

On étudiera son fonctionnement, puis les obligations déclaratives qu'il génère et enfin la fiscalité.

(1225) B. Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales*, éd. Francis Lefebvre, 11e éd. 2016, p. 747.

TITRE I

Le fonctionnement des *trusts*

CHAPITRE I Le *trust*, mécanisme fiduciaire de gestion de patrimoine

Le *trust* est une des techniques fiduciaires. Le *trust*, comme les fondations et les fiducies, est basé sur un transfert de la propriété au profit d'un tiers, à charge pour lui de remplir la mission qui lui a été confiée. **2561**

En latin le mot *fiducia* et en anglais le mot *trust* se traduisent en français par le mot *confiance*.

Les fondations utilisent le même mécanisme fiduciaire en isolant un patrimoine pour un objectif déterminé.

Il est important de prendre du recul et de comprendre la vraie nature de cette institution, car trop de personnes font des confusions. Cette compréhension est importante si l'on veut ensuite en faire un usage approprié et une analyse correcte. Un *trust* n'est pas une entité, à la différence d'une fondation : **le *trust* n'est ni une personne morale** (1226) **ni un contrat**. Il est créé par la déclaration du constituant, **c'est** donc **un acte unilatéral**, matérialisé par le *trust deed*, dans lequel sont indiqués les droits et obligations du *trustee*. En pratique il est fréquent qu'indépendamment de cet acte, le constituant rédige une *letter of wishes*.

Par conséquent, le *trust* n'est pas une société de personnes, ni une forme de collaboration, ni une forme de coentreprise entre le *constituant*, les *bénéficiaires* et le *trustee*.

Section I Les points communs entre les *trusts*, les fiducies et les fondations

Ces trois mécanismes prévoient une opération qui consiste pour une personne appelée « le constituant » (qu'on nomme plus précisément, en matière de *trust*, le *settlor* pour les Anglais ou le *trustor*, *settlor* ou *grantor* pour les Américains ; en matière de fondation, le « fondateur », et en matière de fiducie, le « fiduciant ») **à transférer la propriété de certains de ses biens** dépendant de son patrimoine. **2562**

En matière de *trust*, le transfert s'effectue au profit d'un *trustee*. Pour les fondations, il se fait à l'entité juridique qu'est « la fondation » et dans le cadre d'une fiducie (il existe dans ce cas un contrat), il est effectué au fiduciaire.

(1226) Toutefois, certaines législations donnent la personnalité morale au *trust*. Tel est le cas en Nouvelle-Zélande ou en Écosse.

En matière de *trust*, les *trustees* peuvent aussi bien être des personnes physiques ou morales. En pratique ce sont très souvent des personnes morales.

Le *trust* est donc un mécanisme qui repose sur l'idée qu'un bien peut être détenu par une personne pour le bénéfice d'une autre ; on confie un bien à un tiers, à charge pour lui de le gérer dans un but prédéterminé, et de transférer ainsi la propriété juridique du bien tout en conservant une sorte de droit de regard plus ou moins étendu en fonction des volontés exprimées lors de sa constitution. C'est par conséquent un acte unilatéral appelé *trust deed* (1227).

Si la fondation peut avoir une durée illimitée dans le temps, tel n'est pas le cas du *trust*.

Dans ces trois mécanismes, on relève un second point commun : le transfert de la propriété se fait sans attribution de parts. En effet, ni le *trust* ni la fondation ou la fiducie ne sont construits sur le modèle des sociétés. Le transfert de propriété est consenti à titre gratuit (on ne reçoit pas de titres en échange). Pour les notaires latins, cela génère un réflexe interrogatif : est-ce une libéralité (1228) ? Pour les Anglo-Saxons, il n'y a pas de débat sur ce point, la réponse est négative.

Au terme de cette opération, c'est le *trustee* qui « a la main » et c'est lui qui gère le patrimoine.

Dans ces trois mécanismes, la propriété des actifs a été transférée dans l'objectif que ce patrimoine soit géré pour un ou des bénéficiaires (qu'on appelle aussi *cestui que trust*). L'essence du *trust* réside par conséquent dans la relation fiduciaire entre le *trustee* et les bénéficiaires.

Le bénéficiaire d'une fondation peut être, par exemple, une association de personnes aveugles, d'enfants abandonnés. Pour un *trust*, le bénéficiaire peut parfois être un animal (1229).

Section II Le *trust* comparé au mandat

2563 Le mandataire et le *trustee* ont tous les deux une obligation fiduciaire vis-à-vis du mandant ou des bénéficiaires. Dans les deux cas, leurs intérêts personnels ne doivent pas entrer en conflit avec ceux du mandant ou du bénéficiaire. Par contre, le mandataire doit agir sous le contrôle du mandant qui lui a donné les instructions (V. *infra*, n^{os} 2190 et s.), alors que le *trustee* est indépendant tant vis-à-vis du constituant que du bénéficiaire.

Le mandant peut mettre fin au mandat à tout moment, alors que le *trustee* n'est tenu que par l'acte de *trust* et que le *settlor* n'a pas cette possibilité (sauf disposition contraire dans le *trust deed*).

De plus, si le mandat prend fin avec le décès du mandant, tel ne sera pas le cas du *trust* qui continue après la disparition du constituant.

(1227) *Deed* (*trust deed*) ; c'est l'acte constitutif d'un *trust* entre vifs. Avant une réforme intervenue en août 1991, le document devait comporter le sceau de son auteur. À présent, il suffit qu'il exprime sans ambiguïté la volonté claire de son auteur de créer un *trust*. La signature doit cependant être certifiée par un témoin.

(1228) Certains auteurs soutiennent qu'il n'y a pas de libéralité car il manque un des éléments la constituant, à savoir l'intention de gratifier celui qui reçoit.

(1229) Il s'agit d'un *purpose trust* ou *Honorary trust*. Dans ce type de *trust*, l'*enforcer* est la personne qui a la charge de veiller à l'entretien de l'animal.

Section III Le *trust* comparé à l'assurance vie

2564 On peut parfois lire ou entendre que le *trust* est en quelque sorte assimilable à l'assurance vie à la française. Qu'en est-il juridiquement ? Les deux concepts sont sensiblement différents : l'assurance vie repose sur une stipulation pour autrui qui est créée par voie contractuelle. Elle est basée sur l'existence d'un contrat, et à ce titre elle ressemble plus à la fiducie. En matière de *trust*, il existe parfois un contrat (*trust inter vivos*), mais celui-ci peut aussi avoir pour source un acte de dernières volontés (*trust testamentaire*), ou avoir pour source la loi. En droit, le bénéficiaire de la stipulation pour autrui doit être clairement identifiable dès l'origine du contrat, alors que dans un *trust* les bénéficiaires peuvent être choisis par le *trustee* lui-même.

Enfin, le bénéficiaire de la stipulation pour autrui bénéficie d'une simple créance chirographaire, alors que celui du *trust* est sécurisé par l'existence d'un patrimoine affecté.

Section IV Description du *trust*

2565 **Le *trust* peut donc être décrit** comme une situation dans laquelle un propriétaire (*settlor*, *trustor* ou *grantor*) transfère tout ou partie de ses biens à un tiers (qu'on appelle *trustee*), à qui on indique ce qu'il doit faire. Le *trustee* doit soit gérer les biens dans l'intérêt des bénéficiaires (ou *cestui que trust*), soit remplir un objet (parfois charitable dans le cadre d'un *charitable trust*), avant de le remettre à l' « attributaire en capital ».

Section V Loi applicable au *trust*

2566 La loi applicable au *trust* va dépendre du type même de *trust*. Si le *trust* est constitué du vivant du *settlor*, il s'agira d'un *trust inter vivos* (c'est le type le plus courant). Si le *trust* est testamentaire, il est constitué à la suite du décès dans le cadre du règlement de la succession.

En matière de *trust* testamentaire, la loi applicable sera-t-elle celle applicable à la succession telle que déterminée dans le règlement « Successions » n° 650/2012 qui a une portée universelle ? Certains auteurs semblent l'admettre, alors que d'autres soutiennent le contraire, considérant que le *trust* n'est effectif qu'au moment de l'exécution du testament. Or, il serait rattaché à une disposition à cause de mort, celle-ci est visée par l'exclusion de l'article 2-J du règlement.

L'article 14 de la Convention de La Haye du 1er août 1989 prévoit : « Quand un trust est créé par disposition à cause de mort, l'application à la succession par la loi prévue par la Convention ne fait pas obstacle à l'application d'une autre loi pour régir le *trust*. Réciproquement l'application au *trust* de la loi qui le régit ne fait pas obstacle à l'application à la succession de la loi qui régit en vertu de la Convention... ».

D'autre part, faudrait-il considérer, en matière de loi applicable à la succession, le *trust* testamentaire comme une *professio juris* tacite, ainsi que certains juristes l'envisagent ? Il semble trop tôt pour affirmer cette position, mais il serait surprenant que ce point ne fasse pas prochainement l'objet de débats et que le juge ait à trancher.

En matière de trust *inter vivos*, le principe est celui de l'autonomie de la volonté.

La Convention de La Haye du 1er juillet 1985, relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance, a été signée par la France le 26 novembre 1991, mais elle n'a jamais été ratifiée. Elle sert de référence pour l'analyse de cette institution, d'autant que les solutions qu'elle consacre étaient déjà retenues par le notariat français dans l'adaptation du *trust* lors du règlement amiable d'une succession internationale. La convention consacre, en son article 6, le libre choix (« Le trust est régi par la loi choisie par le constituant »), sous réserve que la loi choisie par le constituant connaisse l'institution du *trust*. À défaut de choix, on recherche la loi avec laquelle le *trust* présente les liens les plus étroits.

Pour déterminer la loi avec laquelle le *trust* présente les liens les plus étroits, il est tenu compte notamment :
- du lieu d'administration du *trust* désigné par le constituant ;
- de la situation des biens ;
- de la résidence ou du lieu d'établissement du *trustee* ;
- des objectifs du *trust* et des lieux où ils doivent être accomplis.

Un dépeçage des lois applicables est possible.

CHAPITRE II Origine et mécanismes du *trust*

Section I Origine du *trust*

2567 Le *trust* n'est pas une personne morale, il ne faut donc pas chercher à l'identifier avec un numéro d'immatriculation comme nous avons l'habitude de le faire avec une société. Ce n'est pas non plus une entité juridique, ni un contrat. On peut simplement affirmer qu'il représente une relation juridique ; on comprend désormais les difficultés pour un juriste français soucieux de classer cet instrument dans une catégorie.

Si un *trust* peut être un écrit, il est également verbal, et se pose alors un problème de preuve.

Si **le *trust*** n'est pas un contrat, on peut le qualifier d'**acte unilatéral dont l'origine selon certains, remonte aux croisades** : à cette époque, avant de partir en croisade, le seigneur allait en voir un autre et lui confiait son patrimoine. Ce tiers avait la charge de le gérer conformément aux volontés du constituant et les biens étaient ainsi mis à l'abri de possibles confiscations infligées en cas de condamnation pour félonie ou trahison. Cet acte avait pour essence la confiance.

Il arrivait que le *trustee* ne veuille pas restituer les biens confiés au chevalier lors de son retour ou à son épouse et ses enfants en cas de décès. Dans ce cas particulier, il n'existait aucun recours possible en *common law*. Par conséquent, le chevalier devait s'adresser au Roi pour qu'il tranche en *equity*. Ce dernier déléguait cette tâche au Chancelier qui était alors le plus proche conseiller royal. Il siégeait à la *Court of Chancery* et développa au cours des années les règles d'*equity.*

D'autres évoquent pour origine le cas des communautés religieuses ayant fait vœu de pauvreté et qui trouvaient dans ce mécanisme le moyen de concilier ce vœu avec la possibilité d'accepter des dons dans l'intérêt de leur ordre.

Section II La double fragmentation créée par le *trust*

§ I Fragmentation de propriété

Fragmentation de propriété : en effet, le *trustee* devient propriétaire de droit (*legal ownership*), et à ce titre il détient la propriété légale (*legal tittle*) vis-à-vis du monde extérieur. Son rôle est de gérer les biens dans l'intérêt des bénéficiaires. Le ou les bénéficiaires sont en quelque sorte le ou les propriétaires économiques (*beneficial ownership*). Ils sont en quelque sorte de futurs ou virtuels propriétaires, définis sous le terme *equitable interest*. À ce titre, ils détiennent l'*equitable title*. **Pour les Anglo-Saxons, la propriété est donc fragmentée entre le propriétaire légal et le propriétaire économique**. **2568**

Sur le plan fiscal, la France continue à considérer le constituant en qualité de propriétaire et l'impose à l'IFI, qu'il s'agisse d'un *trust* testamentaire ou *inter vivos*.

Si le bénéficiaire n'est pas le propriétaire légal, il dispose de droits contre le *trustee*, notamment le droit de suite en cas de vente des biens par ce dernier au profit d'un tiers.

Cette fragmentation de la propriété inconnue du droit civil est l'une des caractéristiques les plus importantes du *trust*.

§ II Fragmentation dans le temps

Il existe une fragmentation dans le temps, puisque pour les Anglo-Saxons il n'y a pas de réserve. **2569**

On peut donc confier un bien dans un *trust* et exiger qu'il y reste (ainsi il ne quitte jamais la famille).

Il est également possible de prévoir que les enfants :
- n'auront le droit qu'aux revenus et que le capital devra être maintenu pour les générations à venir ;
- auront dans un premier temps les revenus, et le capital seulement lorsqu'ils auront atteint un âge défini.

Il est également possible d'organiser des sauts de générations.

L'outil est souple en matière de gestion et de transmission de son patrimoine.

Section III Quel type d'actif peut être détenu par un *trust* ?

En théorie, un *trust* peut détenir tout type d'actif. **2570**

Il faut toutefois qu'il n'y ait pas d'obstacle pour que le *trust* détienne tel type de bien.

En pratique, en France un *trust* ne peut être propriétaire d'un immeuble. En effet, le service chargé de la publicité foncière ne distingue pas la propriété économique de la propriété juridique.

À retenir

Par conséquent, tant que la France n'aura pas ratifié la convention de La Haye en matière de reconnaissance des *trusts*, ou que l'État n'aura pas réformé les conditions d'accès au fichier immobilier, il ne sera pas possible d'acquérir des biens sur le territoire français au nom et pour le compte de cette institution.

En pratique, et pour contourner cette difficulté, la personne souhaitant acquérir un bien *via* un *trust* constitue une société civile immobilière, le *trust* étant l'associé majoritaire. C'est cette société qui se porte acquéreur du bien immobilier.
Il faudra toutefois être très attentif. En effet, en cas d'achat d'un logement non frugifère par le biais d'une société civile immobilière ayant opté à l'impôt sur les sociétés ou par une société de droit étranger de type commercial (par ex., une société à responsabilité limitée type LLC [*limited*]) (1230), l'administration fiscale française traite ces sociétés comme des sociétés commerciales et exige le paiement de l'impôt sur la valeur locative du logement, même si ce dernier n'est pas loué ou occupé par le *settlor* à titre de résidence secondaire.

Section IV Intérêts du *trust*

§ I Éviter la procédure du *probate*

2571 Dans les pays anglo-saxons, lors d'un décès, les biens successoraux ne sont pas directement dévolus aux héritiers. Le juge désigne une tierce personne chargée d'administrer la succession, de rassembler l'actif et de liquider le passif avant de répartir le reliquat entre les héritiers. L'administration de la succession est en principe soumise à une procédure dite de *probate*. Cette procédure diffère selon les pays et aux États-Unis le droit n'est pas uniforme. En effet, chaque État a ses propres lois et sa propre jurisprudence.

Certains biens échappent à la procédure du *probate estate*. Il s'agit des biens connus sous le nom de *non-probate assets* (1231). Pour ces biens, le transfert est automatique. En effet, dans ce cas la transmission de propriété a lieu soit selon les termes du *trust*, soit en exécution des instructions données à une institution bancaire ou à une compagnie d'assurance pour la distribution d'un compte ou le bénéfice d'une assurance, soit en fonction d'un acte de propriété d'un bien meuble ou immeuble prévoyant un transfert automatique au copropriétaire ou à un tiers au décès du défunt (1232).

Dans le cadre d'une succession, dans les pays anglo-saxons **tous les biens placés dans un *trust* entre vifs sont exclus de toute procédure de contrôle (dite de *probate*)**.

En revanche, les biens destinés à être apportés dans un *trust* **testamentaire seront soumis à la procédure du *probate***. On doit aller au tribunal pour obtenir une autorisation judiciaire (procédure dite de *probate estate*) (1233). À cette occasion, toute personne peut connaître l'actif de la succession. Cette procédure a l'inconvénient d'être longue et coûteuse. Les biens sont toutefois dévolus selon les termes du *trust*. Ils ne sont transférés du

(1230) Société à responsabilité limitée américaine pouvant être composée d'un unique associé, en l'espèce le *trust* est l'unique associé.

(1231) Liste non limitative des *non probate assets :joint tenancy, tenancy by the entirety, community property* (*spousal petition*), *community property with right of survivorship*, contrat entre époux, *payable-on-death bank account*, bénéfice d'assurance vie, fonds de pension (bénéficiaire distinct de la succession du défunt), *transfert-on-death deed*, véhicules, transfert par *affidavit* (patrimoine inférieur à une certain seuil), *securities registered in transfert-on-death* et le *trust inter vivos*.

(1232) Pour approfondissement de la procédure de *probate* et des *trusts* américains : P. Tour-Sarkissian et H. Peisse, *Trusts américains et pratique notariale française*, Defrénois, 2013.

(1233) La *Court of Probate* est une juridiction spécialisée en matière testamentaire. Elle a été créée en 1857 et est devenue en 1873 une formation spécialisée de la *Family division* de la *High Court*. Elle est généralement présidée par un *Master*, fonctionnaire de la juridiction. Les certificats attestant de la validité des testaments (*grant of probate*) sont délivrés par cette juridiction. L'appel est porté devant la *Chancery Division*.

patrimoine du *de cujus* au *trust* qu'après le décès du testateur et un *probate* est requis pour réaliser le transfert-procédure judiciaire.

Aux États-Unis, en présence d'un *trust* testamentaire, une personne que l'on nomme le *personal representative* prend en charge l'administration de la succession dès sa nomination par le tribunal. Après paiement des droits de succession et accomplissement de la distribution des actifs nets, il est déchargé de sa fonction. Le *trustee* d'un *trust* testamentaire prend alors le relais. C'est à ce stade que les biens meubles et immeubles sont transférés au *trust* selon les instructions du testateur confirmées par le *order of distribution* délivré par le tribunal. On comprend alors que le *trust* testamentaire n'est pas créé automatiquement au décès du testateur ; en effet, le testament le décrit simplement.

La raison majeure qui motive les Anglo-Saxons à créer des *trusts* est donc la dévolution de leur succession. Il en existe d'autres, notamment celle de se protéger des créanciers.

§ II Se protéger des créanciers

2572 Les *trusts* sont utilisés pour se protéger des poursuites des créanciers. Le constituant, en affectant une partie de son patrimoine dans une telle structure, cherche à le rendre insaisissable vis-à-vis de ses créanciers.

Le *trust* qui serait constitué dans le but de les léser serait toutefois nul.

Ils doivent donc avoir été constitués avant que le problème naisse (avant une éventuelle période suspecte).

Dans la pratique, rien n'interdit à une personne d'affecter son patrimoine à un *trust* en qualité de *settlor* et de récupérer lesdits biens en qualité de bénéficiaire.

Le constituant peut également être le *trustee*. Dans ce cas, l'unique intérêt du *trust* réside dans l'affectation du patrimoine.

Le juge saisi par les créanciers peut-il révoquer le *trust* ? Dans le cadre d'un *trust inter vivos*, il faut qu'il soit irrévocable pour que le juge ne puisse le révoquer. En effet, lorsque je crée un *trust* irrévocable (c'est-à-dire définitivement et discrétionnairement), ces biens affectés ne m'appartiennent plus. Cette technique est proche de celle que l'on utilise en France en faisant par exemple une donation aux enfants (avant toute période suspecte) pour se dessaisir d'un bien.

§ III Modifier la teneur du testament

2573 Dans le cadre d'un *trust*, les pays anglo-saxons autorisent, après le décès du testateur, à modifier la teneur du testament, si toutefois cette modification va dans l'intérêt des héritiers.

Ces derniers ont le droit de modifier les dispositions testamentaires dans les deux ans du décès. On peut changer les dispositions concernant les bénéficiaires ; certains juristes conseillent de substituer pour partie l'épouse aux enfants afin de profiter en France de l'exonération de droits de mutation à titre gratuit en application de la loi TEPA. Si cette position est possible en droit anglo-saxon, on s'interroge sur les droits de contestation que pourrait soulever l'administration fiscale. Il est vrai qu'elle a peu de moyens de connaître la « substitution », car les documents étrangers déclarent le bénéficiaire effectif et il est peu probable que celle-ci soit mentionnée.

On émet une réserve sur cette position et le 115e Congrès des notaires de France invite, dans un tel cas, à solliciter un rescrit pour sécuriser le traitement fiscal de cette opération.

§ IV Les autres utilités du *trust*

2574 Les Anglo-Saxons utilisent également le *trust* **pour constituer des sûretés ou des garanties en matière bancaire** et financière ; **pour se constituer des systèmes privés de pensions de retraite** ; pour prévoir la dévolution de leur patrimoine (on parle alors d'***estate planning***, en permettant qu'il soit affecté, conservé partiellement ou totalement dans le cercle familial sur plusieurs générations (en ce sens les *trusts* dynastiques ou d'accumulation) ; **pour affecter des biens dans un but charitable**.

Le *trust* est également parfois utilisé par des groupes **afin d'assurer la confidentialité de certaines opérations** (il détient les actions pour en assurer l'anonymat). La transparence financière va alors disparaître et la possibilité de fraude fiscale ou d'évasion fiscale, mais également de blanchiment peut alors exister.

Ces caractéristiques sont souvent dénoncées par certaines personnes publiques.

Le *trust* trouve également une utilité en matière d'assurance vie. En effet, le contrat d'assurance vie au moment du décès du souscripteur échappe, comme le *trust*, à la procédure de *probate*. Les capitaux sont remis directement au(x) bénéficiaire(s). Les assurances vie sont donc classées dans la catégorie des *non probate assets*. Toutefois, à défaut de bénéficiaire les capitaux feront partie des biens soumis au *probate*. Lors du dénouement du contrat, les capitaux versés sont intégrés dans l'actif taxable du souscripteur-défunt. En effet, les contrats d'assurance ne profitent pas de la fiscalité favorable que la France a instaurée. Pour éviter cet inconvénient, les Américains placent des fonds dans un *trust* dénommé ***irrevocable life insurance trust*** et la police d'assurance est souscrite par ce dernier. Ainsi, les capitaux sont détachés du patrimoine du *de cujus*.

Le *trust* est également utilisé aux États-Unis pour optimiser les abattements fiscaux disponibles aux couples mariés. Dans un tel cas, les époux cherchent à structurer leur patrimoine afin de profiter au mieux des abattements fiscaux. Pour atteindre cet objectif, il sera créé un sous-*trust* appelé *bypass trust*. Ce mécanisme permet au conjoint survivant de conserver la totalité du patrimoine au décès du prémourant. Les enfants profitent des abattements malgré la conservation des biens par le conjoint survivant. Le *sous-trust* permet de sauver le premier abattement, le second étant applicable au moment du décès du survivant des époux. Cela ressemble dans son mécanisme à la créance de restitution en présence d'un quasi-usufruit.

Section V Les différents acteurs d'un *trust*

§ I Le constituant : *settlor* ou *grantor* ou *trustor*

2575 **Le constituant est le créateur du *trust*.** Il affecte une partie de ses biens à ce dernier.

Les biens mis en *trust* sont soustraits à l'action des créanciers personnels du constituant, sous la surveillance du juge.

Par conséquent, le constituant ne peut conserver une carte bancaire sur le compte du *trustee*.

En pratique, il existe parfois des *trusts* contestables, principalement en matière de divorce. Dans ce cas, le juge peut attribuer la moitié des actifs à l'autre conjoint s'il est démontré que le *trust* est « fictif ». Le juge statuant en équité souhaite éviter qu'il soit fait du *trust* un usage abusif et qu'une personne cherche par ce biais à se soustraire au paiement de ses propres dettes.

En pratique, le transfert de biens au *trust* fait généralement l'objet d'un acte de « donation » appelé ***deed of gift*** ou d'un acte d'ajout appelé ***deed of addition***. On rencontre également des cas où c'est le *trustee* qui déclare unilatéralement qu'il a reçu des biens ou droits en *trust* (il s'agit de *trusts* déclaratifs).

Le *trustor* peut également mandater une tierce personne pour créer un trust.

À quoi sert la ***letter of wishes*** ? La lettre de vœux est un document écrit par le constituant, dans lequel il indique le mode de restitution, le nom du gestionnaire et les instructions en matière de gestion. En pratique, le constituant pourrait rédiger une lettre tous les jours ou toutes les semaines : rien ne l'interdit.

Le *trustee* est libre de ne pas suivre celle-ci. D'ailleurs, il arrive qu'un constituant écrive des lettres de vœux que le *trustee* ne respecte pas pour prouver qu'il est indépendant et renforcer vis-à-vis du juge le faisceau d'indices démontrant que le *trust* n'est pas « fictif ».

§ II Le *trustee*

Le *trustee* est le propriétaire juridique du bien. Le Code général des impôts français utilise la notion d'administrateur pour faire référence à ce dernier. Au sens de la *common law*, c'est le *legal ownership*. **2576**

Il s'agit très souvent d'une personne morale (par ex. une banque) qui doit agir dans l'intérêt exclusif du ou des bénéficiaires. D'ailleurs seul le bénéficiaire a des droits de recours à l'encontre du *trustee*.

Ce dernier doit investir en personne prudente et avisée. Il n'est d'ailleurs pas obligé d'effectuer un placement risqué prévu dans la lettre de vœux.

En pratique, il est préférable que le *trustee* soit assuré et qu'il tienne une comptabilité. Pour éviter un problème de conflit d'intérêts, il est conseillé qu'il ne soit pas le gestionnaire des actifs. Il engage sa responsabilité pour ces actes de gestion. Il gère le patrimoine et il peut parfois céder les biens, à condition d'en conserver le prix et d'en effectuer le remploi.Il peut disposer du capital et des revenus qu'il produit, conformément à l'acte constitutif du *trust*.

Le *trustee* peut être rémunéré, mais ce n'est pas toujours le cas. En présence d'un patrimoine de petite ou moyenne taille, les constituants choisissent majoritairement un membre de leur famille.

Exemple

L'oncle qui accepte cette mission pour protéger ses neveux et nièces.

Dans les faits, il arrive que le *trustee* soit révoqué judiciairement, lorsqu'il a contrevenu aux dispositions du *trust*.

Il a une mission d'information à l'égard des bénéficiaires. Il se peut que le *trust* prévoie l'institution d'un ***protector***, chargé de contrôler la gestion du *trustee*.

En pratique

Aux États-Unis : le *trustee* sera un citoyen américain ou un professionnel, ce choix est justifié par des raisons fiscales lorsque le bénéficiaire est l'époux du constituant et que ce dernier n'est pas de nationalité américaine.

Quid en cas de décès de la personne assumant la fonction de _trustee_ ? S'il s'agit d'une personne morale, il n'y pas de difficulté car si la personne qui est affectée à la gestion du *trust* ne peut plus remplir sa mission, la personne morale continue et cette société affectera une autre personne qui assurera la gestion.

La question est plus gênante si le *trustee* est une personne physique : il faudra saisir le juge de l'*equity* pour faire nommer un remplaçant. Dans la pratique, les juristes anglo-saxons indiquent dans l'acte constitutif un *trustee* substitutif qui est très souvent une personne morale.

Lorsque je crée un _trust_, est-ce que les futurs créanciers du _trustee_ pourront saisir les biens affectés au _trust_ ? Le *trustee* n'est que le propriétaire légal, c'est-à-dire que ce patrimoine est un patrimoine d'affectation. Il n'appartient pas au *trustee*.

Par conséquent, il n'est pas saisissable par ses propres créanciers. Si le *trustee* est une personne physique, en cas de décès, les biens ne font pas partie de sa succession.

Le *trustee* peut avoir certains intérêts qui font de lui aussi un bénéficiaire. Cette possibilité semble cependant rarement utilisée dans la pratique.

Parallèlement au *trustee*, on peut rencontrer une personne au nom de laquelle sont inscrits certains biens du *trust*, comme par exemple des parts sociales. Cette personne, appelée ***nominee***, intervient en qualité de **prête-nom** pour le *trust*. Dans un *trust*, le *nominee* est quelquefois désigné comme *bare trustee* (*trustee* nu, sans fonction). Ce tiers peut donc être titulaire de certains biens appartenant au *trust* pour le compte du *trustee*.

Le choix du *trustee* est d'une importance primordiale. En effet, ce choix peut avoir un impact sur la fiscalité applicable au *trust* dans les pays anglo-saxons, en fonction du lien de parenté entre le constituant et le *trustee*, sa nationalité, et les pouvoirs qui lui sont octroyés.

À retenir

Le *trustee* a pour principale mission de servir les intérêts des *bénéficiaires* et non les intérêts du *constituant*.

§ III Les bénéficiaires (appelés en anglais *beneficiary* ou *beneficiaries*)

2577 Dans un cas typique de gestion de patrimoine, le bénéficiaire d'un *trust* entre vifs est le *settlor* de son vivant, et à son décès d'autres bénéficiaires personnes physiques ou morales de son choix, ainsi qu'il l'aura été prévu dans le document de constitution du *trust*.

Lors de la création du *trust*, les bénéficiaires doivent être déterminés ou déterminables (par ex. : « mes enfants nés ou à naître », « mes petits-enfants en l'an 2040 »).

Le bénéficiaire est généralement l'héritier du constituant, mais il peut également être un tiers. Le constituant peut aussi être le premier bénéficiaire. Dans ce cas particulier, il se doit de ne pas donner d'ordre au *trustee* pour ne pas « affaiblir » le *trust*.

Le bénéficiaire peut également être une personne morale, tout particulièrement lorsqu'il s'agit d'un *charitable trust* ou d'un *trust* destiné à créer des sûretés.

Entre les bénéficiaires, il existe des obligations dont le ***hotchpot***, qui vient du vieux français « hocher », secouer, et du mot « pot ». La doctrine du *hotchpot* a pour but de promouvoir la loyauté entre les bénéficiaires. Lorsque l'un d'eux a reçu une somme à titre d'avance, il doit la rapporter dans les comptes de façon à ne pas en retirer un profit supérieur à ceux qui n'ont pas perçu d'avance (en ce compris les intérêts annuels).

Dans le même sens, un bénéficiaire à également l'obligation envers les cobénéficiaires de restituer les distributions qui lui sont faites par erreur ou intentionnellement en violation du *trust*.

Les bénéficiaires ont des droits qu'ils peuvent faire valoir en justice, et les tribunaux dans les pays de *common law* exercent une véritable surveillance à ce titre.

Le bénéficiaire a un droit à la séparation des avoirs du *trust* en cas de faillite du *trustee*. De plus, si des actifs venaient à échapper au *trustee*, le bénéficiaire pourrait exiger la restitution de ces valeurs patrimoniales au *trust*.

Il dispose d'un droit de regard sur les comptes du *trust*, il peut consulter les comptes, les vérifier, et exiger du *trustee* un compte-rendu périodique. Il peut également demander au tribunal notamment, l'annulation des actes du *trustee* commis en violation du *trust*, et requérir au juge une compensation de la part du *trustee* en cas de pertes de revenus ou diminution du capital occasionnées par des actes frauduleux, délictueux ou par manque inexcusable de diligence de la part du *trustee*.

Les créanciers des bénéficiaires peuvent-ils faire saisir les biens affectés dans le *trust* ? Les biens affectés au *trust* sont insaisissables tant que le *trustee* les gère. À partir du moment où il va affecter l'actif aux bénéficiaires, alors les créanciers seront en droit de les poursuivre.

Toutefois, un juge pourra ordonner à un *trustee* de ne pas remplir ses obligations envers le bénéficiaire désigné dans les *trusts* obligatoires (*fixed trust*), mais envers le créancier subrogé dans ses droits. Dans le cadre d'un *trust* discrétionnaire, la question est plus délicate (1234).

Il existe deux types de bénéficiaires : ceux en revenus et ceux en capital :

- **les bénéficiaires en revenus *cestui que trust* :** ils bénéficient des revenus versés par le *trustee* dans les conditions fixées dans l'acte constitutif du *trust*. Ils peuvent être plusieurs *cestuis*, et dans le cadre d'un *trust* entre vifs (*inter vivos*) le bénéficiaire peut être le constituant. Il peut percevoir des revenus temporairement ou être gratifié d'un avantage viager par l'acte de *trust*. Il peut percevoir un revenu fixe ou variable et, en cas de pluralité de bénéficiaires, il est possible de prévoir une distribution simultanée ou successive.

  Imaginons que l'on puisse en France créer des *trusts*. L'intérêt serait incontestable en présence d'un enfant handicapé. On assurerait à celui-ci un revenu complémentaire viager aux allocations d'usage et, après son décès, le surplus des actifs pourrait être versé aux autres frères et sœurs. Les revenus fixés seraient plafonnés de façon à ne pas faire perdre à l'enfant handicapé les aides dont il bénéficie. Le *trustee* aurait donc un pouvoir d'ajustement.

  On pourrait être tenté d'assimiler le bénéficiaire en revenus à une sorte d'usufruitier : qu'en est-il en réalité ?

  L'usufruitier détient un droit réel sur les biens, alors que le bénéficiaire n'en a aucun : il ne jouit pas directement des biens puisqu'il bénéficie des revenus à la discrétion du *trustee* (cas des *trusts* discrétionnaires). L'usufruitier a une obligation de conserver « la substance » du bien, alors que dans le mécanisme du *trust* cette mission incombe au *trustee* et non au bénéficiaire.

  On peut en conclure que la position du bénéficiaire en revenus est moins avantageuse que celle d'un usufruitier ;

(1234) Pour approfondissement, V. P. Tour-Sarkissian et H. Peisse, *op. cit.*, n° 159.

– **les bénéficiaires en capital :** ce sont les personnes qui vont récupérer la propriété des actifs du *trust* à son expiration, c'est-à-dire au décès du dernier des bénéficiaires en revenus, ou à une date déterminée par le constituant.

§ IV Le *protector*

2578 C'est un des personnages du*trust*, bien qu'il soit rarement prévu. Le *settlor* ou le *grantor* lui concède des pouvoirs positifs ou des droits de vote.

En pratique, il est préférable de lui donner peu de pouvoir pour ne pas fragiliser le *trust*. Généralement, cette place est assumée par le conseiller familial des constituants. Cette fonction peut être rémunérée.

Le *protector* est chargé de contrôler la gestion et les arbitrages du *trustee*. Il ne doit pas s'immiscer dans ceux-ci, mais il peut nommer ou révoquer le *trustee*.

Le *protector*, de par son pouvoir de révocation, est en réalité celui qui contrôle le *trust*.

L'institution d'un *protector* est souvent recommandée lorsque le *settlor* n'est pas familier avec le mécanisme du *trust* ou lorsqu'il ne connaît pas suffisamment le *trustee*.

Le *protector* est essentiellement prévu en présence de *trusts* irrévocables.

L'essentiel à retenir

Les qualités des différents intervenants sont souvent multiples, comme par exemple le bénéficiaire des revenus qui se trouve être également l'attributaire en capital.
Le constituant peut également être le *trustee*, et le bénéficiaire ou le *trustee* avoir la qualité de bénéficiaire.

CHAPITRE III Les différents types de *trusts*

2579 Il existe une grande variété de *trusts* dépendant d'une grande diversité de législations applicables. Les cas énumérés ci-après ne seront donc pas limitatifs.

Les pays anglo-saxons ont tendance à opérer une classification en deux catégories :
– les *trusts* exprès (*express trust*) dans lesquels l'intention du *settlor* est exprimée, notamment la volonté d'imposer au *trustee* l'obligation de gérer lesdits biens au profit du bénéficiaire. Sont classés dans cette catégorie les *trusts* testamentaires **(Section I)** et les *trusts inter vivos* révocables et irrévocables **(Section II)**, mais également le *trust* fixe **(Section III)**, le *trust* simple **(Section IV)** et le *purpose trust* **(Section V)** ;
– les trusts présumés (*implied trust*) dans lesquels l'intention du *settlor* n'est pas exprimée, et dont l'existence est déduite du comportement du *settlor* ou propriétaire des biens. Sont classés dans cette catégorie les *trusts* prévus par un texte législatif appelés *staturory trust*, les *trusts* dont l'existence est présumée dans certaines circonstances (*resulting trust*) **(Section IV)**, ainsi que les *trusts* établis par déduction, appelés *constructive trust*. Ces derniers sont imposés par le tribunal (sans prendre en considération l'intention du *settlor*) dans certaines circonstances (par ex., en cas de fraude).

Section I Les *trusts* testamentaires

Le *trust* testamentaire, appelé *will trust* : le testateur indique dans un testament qu'à son décès, ses biens devront être mis dans un *trust*. Le *trust* va naître après son décès (*i.e.* à la fin du *probate*). Le *trustee* nommé dans le testament n'assumera ses fonctions que lorsque le *probate* sera terminé et le *probate estate* sera transféré au *testamentary trust* dont les dispositions seront confirmées dans le *final order of distribution*. **2580**

Le *trust* testamentaire a l'avantage de raccourcir les délais de recours des créanciers et d'éviter les frais de transfert des biens au *trust* du vivant du constituant.

On l'utilise lorsque l'on veut régler en détail sa succession et parfois pour plusieurs générations.

Le testateur désigne un *trustee*, qui devient en quelque sorte son exécuteur testamentaire et tient les biens successoraux en *trust* au bénéfice des héritiers ou légataires désignés. C'est principalement ce type de *trust* que les notaires de France rencontrent dans la pratique.

Section II Les *trusts inter vivos*

Dans cette catégorie, le *trust* est fait du vivant du constituant. On en distingue deux types : les *trusts* irrévocables et les *trusts* révocables. Ce genre de *trust* est très courant dans le cadre de la gestion patrimoniale de fortunes privées. Il prend fin à la date de réalisation des conditions prévues par le constituant dans l'acte constitutif. **2581**

§ 1 Le *trust* irrévocable

Si le *trust* est définitif, on le dit irrévocable. **2582**

Dans ce type de *trust*, l'aspect fiscal ne doit pas être négligé.

Exemple

En Amérique, l'affectation des biens au *trust* a souvent une conséquence immédiate au niveau du *federal gift taxe* (1235) et de la *generation skipping transfert tax* (1236) et un effet direct sur le bénéficiaire concernant l'impôt sur le revenu.
Un *trust* peut être considéré comme irrévocable en matière d'impôt successoral fédéral, détachant ainsi les biens du *trust* du patrimoine du *trustor*, sans pour autant l'être en matière d'impôt sur le revenu (*federal income tax*) si certains pouvoirs de gestion du *trust* sont conservés (souvent intentionnellement) par le *trustor*, faisant ainsi du *trust* un *grantor trust* sur le plan fiscal (IRC, § 671-679) (1237).
La donation *via* un *trust* irrévocable du vivant du *trustor* présente l'avantage d'utiliser plus efficacement les abattements annuels qui, à défaut, disparaissent chaque année lorsqu'ils ne sont pas utilisés. Pour déterminer le traitement fiscal d'un *trust* irrévocable, la question importante est de savoir si le *trustor* s'est suffisamment « dessaisi » ou « détaché » des biens régis par le *trustee* ou s'il a conservé une emprise et un contrôle sur les biens par le biais de mesures de nature économique ou juridique non admises par l'IRC.

(1235) Droits de donation.
(1236) Impôt dû aux États-Unis en cas de transfert d'actifs au profit d'héritiers n'appartenant pas à la génération suivant immédiatement celle du *de cujus*.
(1237) *Internal Revenue Code ;* Code général des impôts américain.

Ce n'est donc pas la qualification du *trust* dans l'acte constitutif ou la déclaration du *trust* qui est déterminante pour le traitement fiscal, mais bien sa signification économique. Il est donc concevable que le *trust* soit irrévocable en droit étatique sans pour autant l'être en matière fiscale.
Un *trust* pourrait également être considéré comme irrévocable en matière de droits de succession, mais pas en matière d'impôt sur le revenu.

L'actif d'un *trust* irrévocable n'est généralement saisissable par les créanciers du *settlor* de son vivant que s'il est également un des bénéficiaires du *trust* ou en cas de fraude à leurs droits.

§ II Le *trust* révocable

2583 S'il est temporaire, on le dit révocable. Les *trusts inter vivos* sont en général révocables. Ce type de *trust* est un substitut testamentaire qui ne nécessite pas d'administration judiciaire du *probate*.

Il est mis en place pour assurer une dévolution successorale sans interruption au décès du *trustor*.

En pratique

Dans le cadre d'un *trust* révocable, une même personne peut cumuler les fonctions de constituant, de *trustee* et de bénéficiaire.

L'actif d'un *trust* révocable peut être saisi par les créanciers du constituant de son vivant et après son décès.

§ III Le *grantor trust*

2584 Ce type de *trust* existe en Amérique. On le nomme le *grantor trust* et il est en quelque sorte hybride. Il est en principe considéré comme irrévocable pendant les dix premières années, mais il peut se transformer et devenir révocable au-delà.

Il est donc révocable dans des conditions variables. Étonnamment le pouvoir de révocation appartient au constituant.

La dépossession par le constituant de ses biens au profit du *trust* est considérée comme inexistante du point de vue fiscal américain : par conséquent, le constituant est imposé de la même façon que s'il avait conservé la propriété des actifs mis en *trust*.

Le *grantor trust* favorise la protection des acquis.

En pratique

L'exemple suivant permet d'illustrer le propos : je suis chirurgien, avocat, dentiste, et j'exerce aux États-Unis un métier dangereux qui peut entraîner une condamnation. Pour me protéger, avant qu'une procédure ne soit intentée contre moi, je crée un *trust* discrétionnaire et je transfère une partie de mes biens.
En cas de condamnation, ces biens ne sont plus saisissables, car je n'en suis plus le propriétaire. Il est courant que le *grantor* soit également le bénéficiaire du *trust*. On utilise pour le définir le terme *asset protection trust*, qui correspond au but de ce dernier.

Section III Le *trust* fixe ou *live interest trust*

Dans ce type de *trust*, on limite les pouvoirs du *trustee* : il a l'obligation de verser tout ou partie des revenus aux bénéficiaires déterminés ou déterminables à l'avance (comme un usufruit). On dit que le bénéficiaire détient un *fixed entitlement*. 2585

Ce type de *trust* était très utilisé en Angleterre au cours du XVIIIe siècle. On l'appelle *fixed trust*, selon la terminologie anglaise. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'un *trust* est constitué au profit de A durant sa vie, de telle sorte que A perçoive le revenu net, le capital devant revenir entre les enfants de A lors du décès de ce dernier.

Section IV Le *trust* simple ou discrétionnaire

§ I Le *trust* simple

Un *trust* est dit simple lorsque les revenus produits par son patrimoine sont nécessairement distribués au fur et à mesure de leur perception par le *trustee*. On l'appelle *simple trust* selon la terminologie américaine. 2586

§ II Le *trust* complexe (ou discrétionnaire)

À l'inverse, dans ce type de *trust* le *trustee* administre les biens affectés, et c'est lui qui possède le droit de décider si l'on verse ou pas les revenus aux bénéficiaires (la discrétion est pour celui qui gère et non pour le bénéficiaire). Le constituant laisse le choix au *trustee* de distribuer (en favorisant de préférence une distribution lorsque la fiscalité sera plus avantageuse). 2587

Le *trustee* a la faculté d'accumuler les revenus. Il doit cependant suivre les désirs du constituant qui ont été matérialisés dans le *trust deed*.

Il peut s'agir également de *trusts* dans lesquels tout ou partie des biens mis en *trust* sont distribués concurremment avec les revenus. Le constituant d'un *trust* discrétionnaire émet bien souvent, lors de la constitution du *trust*, une lettre de vœux qui permet de faire état de ses souhaits au *trustee*. Ce dernier doit prendre les souhaits qu'elle contient en considération et y donner suite, sauf situation exceptionnelle.

Pendant la vie du *trust*, le constituant peut tempérer le pouvoir discrétionnaire du *trustee* par le biais d'une lettre de vœux (*letter of wishes*) ; normalement il doit les respecter.

En pratique, le *trustee* a son pouvoir fortement tempéré si le constituant a instauré un *protector*, car généralement il est contrôlé par ce dernier qui a la faculté de le destituer.

Dans ce type de *trust*, le *trustee* peut avoir le choix des bénéficiaires inclus dans une catégorie de personnes ou le choix du montant des sommes à distribuer.

Section V Le *purpose trust* ou *honorary trust*

Dans ce type de *trust*, l'*enforcer* est la personne qui a la charge de veiller à la bonne exécution ; par exemple pour l'entretien d'un animal, d'un monument, ou la lecture de 2588

messes. Le bénéficiaire n'a pas la capacité d'agir en justice. Dans ce cas, le *trust* n'a été constitué qu'en vue de remplir un but.

La majorité des États des États-Unis ont adopté des lois concernant les *trusts* pour animaux (*pet trust*).

Dans ce type de *trust*, certains États ont créé des plafonds quant au montant de l'actif.

Le *pet trust* peut durer jusqu'au décès de l'animal, sans toutefois excéder vingt et un ans dans certains États.

Section VI Le *resulting trust*

2589 Il s'agit du *trust* de restitution, provenant du verbe *to result* qui signifie faire retour. Ce droit profite à la personne qui a transféré la propriété au *trustee* ou lui a procuré les moyens de l'acquérir. Par exemple, le beau-père transfère des biens à un *trustee* pour le bénéfice de son gendre. L'annulation ultérieure du mariage fait du gendre un *trustee* de son bénéfice, *equitable interest*, au profit de son beau-père.

Constat

Parmi tous les types de *trusts*, le plus répandu est le *trust inter vivos* irrévocable, simple ou discrétionnaire, mais ne comportant que des biens étrangers. L'absence de biens français dans l'actif d'un *trust* s'explique par le fait que les *trustees* sont presque toujours des sociétés étrangères, et en général des banques ou filiales. Les banques évitent les situations incertaines, eu égard au défaut de reconnaissance par la France du *trust*. Elles ne veulent pas gérer des biens français et être tenus au formalisme complexe des obligations à la charge du *trustee* (V. *infra* n° 2598).

CHAPITRE IV La pratique notariale du *trust*

2590 En pratique le notaire rencontre principalement des *trusts* constitués par des étrangers ou des non-résidents qui deviennent ensuite résidents de France, ou des contribuables français en qualité de bénéficiaires de *trusts* étrangers créés par des parents non résidents.

Ces *trusts* sont originaires des États de la *common law* (Grande-Bretagne, États-Unis, Australie, Canada, Afrique du Sud, Nouvelle-Zélande). Il peut parfois exister des *trusts* provenant de pays de la *civil law*. Tel est le cas notamment de l'Égypte et de la Pologne qui connaissent l'équivalent du *charitable trust*, ou du Venezuela qui a introduit le *trust* en 1956 (1238), de Panama, du Japon ou encore de Monaco, du Mexique, de la Colombie, d'Israël et de l'Argentine. Par ailleurs, il existe d'autres institutions fonctionnellement proches dans les pays de droit continental, notamment le *fidéicommissum* (en droit romain), le *bewind* (en droit néerlandais) ou le *wakf* (en droit musulman).

Un *trust* peut être constitué oralement ou par simple remise des biens au *trustee*, bien qu'un acte écrit soit plutôt la règle. Ainsi que le propose le rapport von Overbeck (1239), il paraît raisonnable d'exiger de nos clients au moins une preuve écrite. Celle-ci pourrait consister en

(1238) Ce pays a introduit cette institution en 1956 même si celle-ci a été rarement utilisée.

(1239) Rapport explicatif sur la convention *trust* de 1985, § 52 ; M. Alfred E. von Overbeck ; document de la 15e session de la Conférence de La Haye en droit international privé.

un écrit par lequel le *trustee* rend compte de la volonté exprimée oralement par le constituant. La Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative au *trust* prévoit cette preuve écrite (cf. art. 3), eu égard à l'importance des intérêts en cause.

Section I L'appréciation du *trust* en droit français

Lorsque le *trust* est valablement constitué à l'étranger, la jurisprudence reconnaît sa validité en France (1240). La jurisprudence essaye de définir le *trust* en respectant son caractère spécifique et original, sans assimilation à une institution juridique du droit français (1241). Pour déterminer l'ordre de réduction des libéralités et pour répondre à la question de savoir si le *trust* doit être considéré à ce titre comme une donation ou un legs, **elle a assimilé la mise en *trust* d'un bien à une donation** (au moins en présence d'un *trust irrévocable*, car le *settlor* se dépossède alors irrévocablement des biens considérés). Cette position est particulièrement contestée. En effet, et conformément à l'article 932 du Code civil, le donataire doit accepter la donation. Or, dans le cadre d'un *trust*, le donataire serait le bénéficiaire en capital. Ce dernier ne peut avoir accepté la donation, car il n'est pas signataire de l'acte de *trust*. **2591**

La Cour de cassation considère que la mise en *trust inter vivos* d'un bien est assimilable à une **donation indirecte** qui prendrait effet au décès du constituant. À ce moment là, le bénéficiaire reçoit le bien et il est censé l'accepter (1242).

Le *trust* serait une donation affectée par une condition suspensive de temps. La jurisprudence semble fixée sur cette analyse. En effet, elle a confirmé cette assimilation dans un autre arrêt de la Cour de cassation dans le cadre de personnes physiques résidentes de France, bénéficiaires d'un *trust* américain (1243).

La jurisprudence reconnaît également, sous certaines conditions, la validité de *trusts* constitués à l'étranger, en application du principe de l'autonomie de la volonté. Ce principe permet au constituant de soumettre son acte à une loi connaissant le mécanisme du *trust*.

Il est désormais admis, sans qu'il ne soit plus nécessaire de rechercher une quelconque assimilation à un cadre juridique français.

Le *trust* est désormais reconnu comme étant une institution originale du droit anglais.

La validité du *trust* nécessite toutefois qu'il soit constitué conformément aux lois en vigueur dans le pays de sa création. En outre, il ne doit pas heurter l'ordre public français.

Le fait que la France n'ait pas ratifié la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 est sans impact quant à la validité sur notre territoire des *trusts* valablement constitués à l'étranger. Rien n'interdit à un contribuable français de constituer un *trust* à l'étranger (1244).

(1240) CA Paris, 10 janv. 1970, *Courtois* c/ *Cts de Gany*.
(1241) En ce sens, TGI Bayonne, 28 avr. 1975 : *JCP* G 1975, II, 18168, note R. Bonnais.
(1242) Cass. 1re civ., 20 févr. 1996, nº 423, *Zieseniss*. Le constituant « était dicté par une intention libérale en faveur des bénéficiaires, a réalisé une donation indirecte qui, ayant reçu effet au moment du décès de la donatrice par la réunion de tous ses éléments, a donc pris date à ce jour ».
(1243) Cass. com., 15 mai 2007, nº 05-18.268, FS-PBIR, *Cts Tardieu de Maleissye : RJF* 10/2007, nº 1170.
(1244) BOI-DJC-TRUST, nº 1.

Il devra être soumis à une loi étrangère connaissant cette institution. En revanche, à ce jour, il n'est pas possible de constituer en France un *trust*, tant que la France n'aura pas ratifié la convention de La Haye.

Dans une réponse ministérielle (1245), il a été précisé que la ratification « fera l'objet d'une analyse précise dans les mois qui viennent ».

Le ministre de la Justice ne souhaite pas que la ratification puisse avoir pour effet d'échapper aux règles de transparence, et de lutte contre la fraude, l'évasion fiscale et le blanchiment.

Section II Le *trust* et le règlement d'une succession

2592 Dans la pratique notariale, on rencontre deux cas :

- **premier cas : coïncidence de la loi du *trust* et de la loi successorale :** tel est le cas si le *de cujus* est résident habituel d'un État qui reconnaît le *trust*. La succession est alors soumise à la loi de cet État étranger (loi de la résidence habituelle du *de cujus*). Il peut également exister une coïncidence si une personne choisit, comme loi régissant l'ensemble de sa succession, l'une des lois dont elle possède la nationalité (1246).

Exemple

Un Américain, résidant en France, peut désigner sa loi américaine pour l'ensemble de sa succession, ce qui permet de faire correspondre la loi du *trust* avec la loi successorale.

En cas de désignation de la loi d'un État tiers comme loi applicable à la succession, le renvoi prévu à l'article 34 du règlement ne peut s'appliquer (c'est-à-dire qu'aucun renvoi n'est applicable en cas d'exercice par le *de cujus* de la *professio juris*).
La règle de conflit scissionniste américaine ne peut s'appliquer lorsqu'un Américain a choisi sa loi américaine pour le règlement de l'ensemble de sa succession.

En pratique

Il y a lieu de conseiller aux clients britanniques ou américains d'exercer la *professio juris* de l'article 22 du règlement « Successions » afin d'éviter, par la règle générale de l'article 21, l'application du renvoi de l'article 34. Le Royaume-Uni et les États-Unis étant des États tiers au sens de l'article 34 du règlement.

En pratique, au moment du règlement de la succession :
Les meubles (1247) situés en France sont administrés par le *trustee* qui pourra les transférer à l'étranger pour les administrer, les vendre ou les distribuer (1248). Le *trust* développe ses effets en France. La notion de réserve héréditaire n'a pas à s'appliquer sur les biens meubles situés sur notre territoire, sauf si la réserve existe dans le pays dont la loi est applicable à la succession, ce qui ne sera pas le cas dans les pays de *common law*.

(1245) Rép. min. Grosdier n° 16451 : *JO* Sénat Q 5 mai 2016, p. 1905.
(1246) Règl. « Successions », art. 22.
(1247) On ne parlera pas d'immeubles, car un *trust* ne peut être titré sur un bien immobilier sur le territoire français.
(1248) En ce sens Cass. 1re civ., 3 nov. 1983 : *Rev. crit. DIP* 1984, note M. Revillard.

Dans ce cadre, il faut préciser que le notaire doit considérer que le *trustee* n'est pas un exécuteur testamentaire. En effet, ce dernier n'a que des pouvoirs limités (1249). Il détient le *legal ownerships* et il n'est pas le gardien du respect des volontés du testateur. Il ne faudra pas non plus le considérer comme un légataire universel, car il n'est pas la continuation de la personne du défunt. Il n'est pas non plus le mandataire du constituant ;

- **second cas : *trust* soumis à une loi étrangère et loi successorale française :** tel serait le cas si la dernière résidence habituelle du défunt, ayant constitué de son vivant un *trust* britannique, est située en France au moment de son décès : le conflit de lois existe entre la loi successorale et la loi applicable au *trust*.

  Cette situation pose des difficultés aux notaires (1250). En effet, la loi française va régir la succession mobilière et la dévolution des immeubles situés en France. Dans ce cas particulier, le *trust* peut-il s'exécuter ?

  Selon la jurisprudence, ce dernier ne peut porter atteinte aux règles d'ordre public relatives à la réserve. Par conséquent, si le *trust* est contraire à l'ordre public français et que les héritiers réservataires souhaitent leur réserve en nature, il ne pourra s'appliquer, sauf à limiter son application à la quotité disponible (sauf en cas de renonciation anticipée à l'action en réduction). Si les héritiers n'exigent pas leur réserve en nature, on peut appliquer les dispositions contenues dans le *trust deed* ou dans le *trust* testamentaire.

Section III Les documents pouvant être demandés par un notaire français dans le cadre du règlement d'une succession comprenant un *trust*

2593 Parmi les documents qu'un notaire français peut obtenir dans le cadre de la constitution de son dossier, citons (1251) :

- la déclaration du *trust* ; y compris avenants et amendements éventuels ;
- *certificate of successor trustee* (ou *affidavit of successor trustee*) : confirmation du rôle du *trustee* ou du *successor trustee* (document signé devant un *notary public*) ;
- *affidavit of death of trustee* : acte de décès du *trustee* et de son remplacement par le *successor trustee* (signé devant un *notary public* par le *successor trustee*) ;
- *certification of trust* : confirmation des dispositions principales de la déclaration de *trust* par le *trustee* (signé devant un *notary public* par le *trustee* ou *successor trustee*.

Cette liste n'est pas limitative et a été dressée en présence de *trusts* américains.

Section IV Le *trust* et le divorce

2594 En matière de divorce, l'un des époux peut avoir intérêt à faire entrer dans la masse à partager un maximum de biens. Qu'en est-il des actifs du *trust* ?

Ces derniers ne sont pas des actifs patrimoniaux de l'époux constituant. Il faut toutefois qu'il prouve qu'il n'en a plus la possession. À défaut, le conjoint peut en récupérer la

(1249) À titre d'exemple, bien souvent il n'a pas la saisine.
(1250) Pour un exemple pratique, lire M. Revillard, *Expertise notariale*, Defrénois, 9e éd. 2018, no 1018.
(1251) Selon l'ouvrage de P. Tour-Sarkissian et H. Peisse, *Trusts américains et pratique notariale française*, Defrénois, 2013, note 128.

moitié. La procédure pour démontrer la fictivité d'un *trust* en matière de divorce au Royaume-Uni est courante. On comprend l'intérêt de créer une lettre de vœux. Si le *trustee* n'a pas suivi la totalité des vœux exprimés, notamment en refusant d'investir dans des produits à risque, on peut prouver qu'il est indépendant et que le *trust* est incontestable.

Dans la pratique, après le prononcé du divorce, un *trust* peut être constitué par l'un des époux divorcés afin de réaliser l'obligation qui lui est imposée de transférer certains biens à son épouse et à ses enfants, ou en vue de remplir une obligation alimentaire.

Section V Litiges en matière de *trust*

2595 Le demandeur qui souhaite ouvrir une action judiciaire contre le *settlor*, le *trustee* ou le bénéficiaire d'un *trust* peut, à son choix (en application de l'article 7-6 du règlement Bruxelles I *bis*) saisir le tribunal du domicile du défendeur.

Il peut également saisir les tribunaux de l'État sur le territoire duquel le *trust* est domicilié (1252).

Section VI L'existence d'un registre public des *trusts*

2596 Un registre avait été créé par la loi nº 2013-1117 du 6 décembre 2013. Il devait recenser les *trusts*, le nom des *trustees*, des constituants, des bénéficiaires et la date de constitution du *trust*. Ce dernier ne devait être accessible qu'à diverses autorités (Tracfin, certains services judiciaires, les agents de l'administration des douanes).

Ce registre a été abandonné en 2018 (1253).

Il n'existe pas de registre pour les testaments ou les *trusts*, que ce soit au niveau local (fédéral) ou étatique, ni aux États-Unis, ni au Royaume-Uni, ni au Canada. Les documents y sont conservés par le client ou l'avocat.

Section VII Faut-il liquider le *trust* avant de revenir en France ?

2597 Faut-il conseiller aux clients revenant de l'étranger de liquider leur *trust* avant de revenir sur le territoire français ?

Ainsi qu'il sera étudié *infra*, nº 2598, l'existence d'un *trust* astreint à des obligations déclaratives qui peuvent parfois être contraignantes et coûteuses.

Ce formalisme est bien souvent le motif d'une liquidation anticipée, mais uniquement pour des « petits » *trusts*.

En pratique chaque cas nécessitera une étude avant de prendre une décision.

Au-delà, des raisons fiscales peuvent exister dans les pays étrangers et doivent être prises en considération, notamment la perte d'avantages fiscaux.

(1252) Pour déterminer si un *trust* a son domicile sur le territoire de l'État dont les tribunaux sont saisis, le juge applique les règles de son droit international privé (Règl. Bruxelles I *bis*, art. 63-3).

(1253) CE, 10e et 9e ch. réunies, 30 mai 2018, nº 400912 annulant le décret nº 2016-567 du 10 mai 2016, relatif au registre public des *trusts*.

TITRE II

Obligations déclaratives françaises d'un *trust* et sanction en cas de défaut

CHAPITRE I Les obligations de déclaration à la charge du *trustee*

En application de l'article 1649 AB du Code général des impôts, *le trustee* a deux obligations déclaratives : **2598**

- **une déclaration** que l'on qualifiera d'**événementielle** relative à la constitution, la modification ou l'extinction du *trust* ;
- **une déclaration annuelle** de la valeur vénale au 1er janvier de l'année des biens et droits placés dans le *trust* et de leurs produits capitalisés.

Le *trustee* est tenu d'effectuer ces déclarations dès que le constituant ou au moins l'un des bénéficiaires a son domicile fiscal en France ou que le *trust* comprend un bien ou un droit qui y est situé.

Le *trustee* déclare la constitution, le nom des constituants et des bénéficiaires, les modifications (notamment dans le mode de fonctionnement), tout décès de l'un d'entre eux (constituant, *trustee*, bénéficiaire), toute nouvelle mise en *trust* ou toute sortie du *trust*) ou l'extinction, ainsi que le contenu de ses termes et, au 1er janvier, la valeur vénale et leurs produits capitalisés.

Cette obligation existe également si le *trustee* est résident de France.

Sont exclus de cette obligation les « *trusts* retraite ».

Ces déclarations doivent être déposées pour la déclaration événementielle par le *trustee* dans le mois, et au plus tard le 15 juin de chaque année en ce qui concerne la déclaration annuelle. Elles doivent être adressées au service des impôts des entreprises étrangères.

Exonération du prélèvement sous condition

Attention, car le dépôt de la déclaration annuelle conditionne l'exonération du prélèvement *sui generis* pour les personnes qui ne sont pas redevables de l'impôt sur la fortune immobilière.

En pratique cela est très problématique, car le *trustee* est presque toujours situé à l'étranger et n'a pas souvent connaissance de ses obligations.

C'est pourquoi il ne sera pas rare de rencontrer des administrateurs ayant défailli.

Parfois des *trustees* voulant respecter leurs obligations déclaratives se trouvent dans l'impossibilité d'indiquer le nom des bénéficiaires faute de connaître la dévolution successorale applicable (cas des *trusts* constitués par des musulmans au Maroc, car il faut consulter un *adoul*).

CHAPITRE II Défaut de déclaration d'un *trust*

2599 Le non-respect des obligations déclaratives est puni d'**une amende de 20 000 €** (1254) ou d'une amende d' un montant égal à **12,5 % des biens, droits et produits capitalisés composant le *trust*** si elle est supérieure à 20 000 € (1255).

L'amende a été complétée par la première loi de finances rectificative de 2012 (1256) d'un volet proportionnel, de manière à rendre ces amendes plus dissuasives.

Soulevant d'office le moyen tiré de la proportionnalité des peines protégées par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le Conseil constitutionnel a censuré pour méconnaissance du principe de proportionnalité des peines le volet proportionnel de l'amende réprimant l'infraction à l'obligation de déclaration des *trusts* prévue à l'article 1649 AB du Code général des impôts (1257).

Le Conseil a en revanche validé l'amende forfaitaire majorée applicable aux *trusts* détenus dans des États ou territoires non coopératifs.

L'article 110 de la loi de finances rectificatives de 2016 (1258) a réformé le régime des sanctions.

Désormais, la méconnaissance de l'obligation déclarative est sanctionnée de la seule amende forfaitaire. Les redressements qui découlent le cas échéant de **la réintégration dans les revenus ou le patrimoine imposable des revenus et avoirs conservés dans un *trust* non déclaré s'accompagnent d'une majoration de 80 %** prévue à l'article 1729-0 A du Code général des impôts.

L'application de la majoration prévue à l'article 1729-0 A du Code général des impôts suppose donc que les deux conditions cumulatives suivantes soient satisfaites :
- le *trust* à l'étranger ne doit pas avoir été déclaré ;
- les montants détenus *via* le *trust* ne doivent pas avoir été inclus dans l'assiette de l'impôt sur le revenu, de l'impôt sur la fortune immobilière ou des droits de mutation à titre gratuit (1259).

Cette majoration ne peut être inférieure à l'amende de 20 000 €, à laquelle elle se substitue (mais elle ne se cumule pas avec cette amende ni avec d'autres majorations).

La majoration est applicable pour les manquements relatifs à des obligations déclaratives devant être accomplies à compter du 31 décembre 2016.

Pour les manquements antérieurs à cette date, l'amende de 12,5 % demeure applicable (sous respect du principe de rétroactivité *in mitius*).

L'administration fiscale dispose d'un délai de reprise de **dix ans**.

(1254) Ces infractions sont passibles d'une amende de 10 000 € (CGI, art. 1736, IV *bis*) lorsqu'elles concernent les déclarations événementielles à déposer au titre des constitutions, modifications ou extinctions de *trusts* intervenues avant le 8 décembre 2013 et les déclarations annuelles à déposer jusqu'à l'année 2013.
(1255) En application du CGI, art. 1736, IV *bis*.
(1256) L. n° 2012-354, 14 mars 2012, art. 14.
(1257) Cons. const., 16 mars 2017, n° 2016-618 QPC, *M. Theresa B.*
(1258) L. n° 2016-1918, 29 déc. 2016.
(1259) L'amende de 20 000 € est la seule applicable en cas de simple défaut déclaratif, c'est-à-dire en l'absence de rappel d'impôt lié aux biens, droits ou produits capitalisés placés en *trusts*.

CHAPITRE III La taxe patrimoniale de 3 %

2600 Si le *trust* est propriétaire d'un ou plusieurs immeubles situés en France, il est redevable de la taxe annuelle égale à 3 % de la valeur vénale de ces immeubles ou droits (1260).

Le *trustee* peut demander à bénéficier des exonérations de l'article 990 E du Code général des impôts.

Pour une étude détaillée de cette taxe forfaire, V. *supra*, n° 2534.

TITRE III

La fiscalité des *trusts*

2601 En matière de fiscalité, il faut rappeler que la situation a été simplifiée et clarifiée depuis la loi de finances du 30 juillet 2011 (1261). En effet, cette loi a mis en place un dispositif fiscal nouveau et autonome destiné à tenir compte de la spécificité des ***trusts***.

L'administration fiscale traite du ***trust*** dans sa doctrine et introduit ce dernier en indiquant que : « Le ***trust*** est une institution répandue dans des systèmes juridiques étrangers, notamment anglo-saxons, mais inconnue en droit civil français. Il se caractérise par le fait que la propriété se divise entre ***legal ownership*** (propriété juridique, qui revient au ***trustee***) et ***equitable interest*** (propriété économique qui appartient au[x] bénéficiaire[s]). Ce dédoublement ne se confond pas avec le démembrement de la propriété en usufruit et nue-propriété » (1262).

Le Code général des impôts, dans son article 792-0 ***bis***, I-1, donne une définition générale assez classique : « Pour l'application du présent code, on entend par trust 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 des biens ou droits, sous le contrôle d'un administrateur, dans l'intérêt d'un ou de plusieurs bénéficiaires ou pour la réalisation d'un objectif déterminé ».

On remarquera qu'il n'existe aucune définition en fiscalité de l'administrateur (le ***trustee***), alors qu'il est redevable de certains impôts et qu'il est contraint à certaines obligations déclaratives.

L'administration fiscale précise que certains types de ***trusts*** doivent être exclus : tel est le cas des ***unit trusts***, qui sont dans les faits des OPCVM. Par conséquent, le fiscaliste devra s'assurer dans un premier temps que celui qu'il est en train d'analyser entre effectivement dans le champ d'application de l'article 14 de la loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011.

(1260) CGI, art. 990 D.
(1261) L. n° 2011-900, 29 juill. 2011, art. 14.
(1262) BOI-DJC-TRUST-20150304, n° 1.

On distinguera la fiscalité applicable en France pendant la vie du ***trust*** et au décès du constituant. Notre étude se limitera au régime fiscal français. Pour la fiscalité applicable à l'étranger, il sera nécessaire d'interroger un fiscaliste compétent localement.

CHAPITRE I Fiscalité applicable pendant la vie du *trust*

2602 Dans ce chapitre, nous allons envisager la fiscalité applicable à compter de la création du *trust* jusqu'à sa liquidation.

Section I Au moment de sa création

2603 **En matière de *trust* révocable**, l'administration fiscale considère que le bien est en réalité resté dans le patrimoine de constituant et que par conséquent il n'y a pas de transfert de propriété et donc pas de droits de mutation.

En matière de *trust* irrévocable, l'analyse est plus délicate, car on ne peut affirmer que la propriété n'a pas été transférée au *trustee*. L'administration fiscale considère toutefois (depuis 2011) que les droits de mutation ne sont exigibles qu'au décès du constituant.

Section II La taxation des revenus du *trust*

§ I Les revenus non distribués

2604 Dans ce cas particulier, les bénéficiaires ne reçoivent aucun revenu, car les revenus ne sont pas distribués mais réinvestis dans le *trust*. Ils ne sont pas imposables. En pratique, les *trusts* implantés à Jersey où Guernesey sont favorables à l'accumulation des revenus sans distribution. Pour attirer les capitaux étrangers, ces îles dispensent de taxation les revenus des *trusts*.

§ II Les revenus distribués

A/ Revenus distribués à des bénéficiaires résidents de France

2605 Les revenus distribués sont considérés comme des revenus de capitaux mobiliers imposables aux bénéficiaires en application de l'article 120-9e du Code général des impôts, et quelle que soit la consistance des biens ou droits qui y sont placés. Si une partie de ces revenus est composée de loyers provenant de biens immobiliers, il ne faut pas faire de distinction, la totalité des capitaux distribués est imposable au titre de revenus de capitaux mobiliers (1263). On ne peut appliquer la réfaction de 40 % (1264).

(1263) Toutes les distributions par le *trust*, en ce compris les revenus fonciers et les plus-values : BOI-RPPM-RCM-10-30-10-10, n° 130.

(1264) CGI, art. 158, 3-2 à 4°.

– Cas particulier des *grantor trusts*. – Les revenus restent imposables au nom du *grantor*, car les administrations françaises et américaines estiment qu'il n'y a pas eu dessaisissement des biens par le constituant.

B/ Revenus de source française perçus par les *trusts*

Tel est le cas si le *trust* étranger est constitué en tout ou partie par des valeurs mobilières émises en France ou revenus d'immeubles situés sur le territoire français. Ces revenus sont également taxables comme des revenus de capitaux mobiliers. **2606**

Section III Le *trust* et l'impôt sur la fortune immobilière (IFI)

§ 1 Principe

L'article 31 de la loi nº 2017-1837 du 30 décembre 2017 de finances pour 2018, qui a supprimé l'impôt sur la fortune (ISF) et a instauré un impôt sur la fortune immobilière (IFI), a prévu des dispositions spécifiques relatives à l'imposition des biens et droits immobiliers placés dans un *trust*. Cette loi a corrélativement modifié les dispositions relatives au prélèvement *sui generis* dû en cas de défaut de déclaration à l'IFI des actifs mentionnés à l'article 965 du Code général des impôts (CGI). **2607**

L'administration fiscale a pris la position de considérer que le *trust* est transparent du chef du constituant. Elle a donc considéré que ce dernier est imposable pendant sa vie, même s'il n'est pas le bénéficiaire. Il est redevable de cet impôt uniquement sur les actifs mentionnés à l'article 965 du Code général des impôts, qui sont placés dans des *trusts*.

Dès le décès du constituant, les bénéficiaires sont réputés devenir les constituants et ils sont à leur tour taxables à l'IFI. Est ainsi imposé à ce titre l'ensemble des actifs placés dans le *trust* dans les conditions de droit commun, qu'il s'agisse par exemple :
- d'immeubles et droits immobiliers, de parts ou actions de sociétés ou organismes à hauteur de leur fraction représentative de biens ou droits immobiliers ;
- de contrats d'assurance ou de bons ou contrats de capitalisation à hauteur de leur valeur représentative des unités de compte constituées d'actifs imposables.

En présence de plusieurs bénéficiaires réputés constituants et en l'absence de répartition expresse de l'actif du *trust* dans l'acte de *trust* (*trust deed*) ou de ses éventuelles stipulations complémentaires annexes, l'actif du *trust* sera réputé réparti à parts égales entre chacun des bénéficiaires réputés constituants.

Toutefois, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel dans une décision du 15 décembre 2017 (1265), si le constituant ou le bénéficiaire réputé constituant démontre que les actifs mentionnés à l'article 965 du Code général des impôts placés dans le *trust* ne lui confèrent aucune capacité contributive, il ne sera pas imposable à l'IFI sur ces actifs.

À cet égard, la capacité contributive résulte notamment des avantages directs ou indirects, y compris de nature non pécuniaire, que le redevable est susceptible de tirer de ses actifs ou de leurs produits. Cette preuve ne saurait résulter uniquement du caractère irrévocable du *trust* et du pouvoir discrétionnaire de gestion de son administrateur (1266).

(1265) Cons. const., 15 déc. 2017, nº 2017-679 QPC : ECLI:FR:CC:2017:2017.679 (QPC interprétant les dispositions législatives relatives à l'ISF et transposables à l'IFI).
(1266) BOI-PAT-IFI-20-20-30-20-20180608, nº 70.

Compte tenu des règles de territorialité applicables prévues à l'article 964 du Code général des impôts, et sous réserve des conventions fiscales internationales, sont taxés au titre de l'IFI :

- les actifs mentionnés à l'article 965 du Code général des impôts placés dans des *trusts* dont le constituant ou le bénéficiaire réputé constituant est résident fiscal de France, quel que soit le lieu de situation, en France ou à l'étranger, de ses actifs ;
- les actifs mentionnés à l'article 965 du Code général des impôts situés en France et placés dans un *trust* dont le constituant ou le bénéficiaire réputé constituant n'est pas résident fiscal de France (1267).

Il est précisé que la taxation à l'IFI de ces biens ou droits placés en *trust* s'effectue suivant les règles de droit commun applicables en matière d'IFI (champ d'application, assiette, exonérations).

Ainsi, notamment, les personnes physiques dont le patrimoine net excède le seuil d'assujettissement à l'IFI qui n'ont pas été domiciliées en France au cours des cinq années civiles précédant celle au cours de laquelle elles deviennent résidentes fiscales de France ne sont imposables qu'à raison des biens ou droits situés en France (cela jusqu'au 31 décembre de la cinquième année qui suit celle au cours de laquelle elles ont établi en France leur domicile fiscal).

Par ailleurs, les règles d'évaluation des biens ou droits et les dispositifs d'exonération sont également applicables aux biens et droits placés en *trust*.

Pour exemple : le dispositif d'exonération des biens immobiliers affectés à l'activité professionnelle du redevable est applicable aux biens et droits immobiliers et aux parts ou actions de sociétés ou organismes placés en *trust*.

§ II Les *trusts* exclus de l'IFI

2608 L'article 885 G *ter* du Code général des impôts prévoit un cas d'exonération (les *trusts* caritatifs). Par tolérance administrative, une deuxième catégorie est également dispensée de taxation (le *trust* retraite).

A/ Le *trust caritatif*

2609 Ces *trusts* sont irrévocables et les bénéficiaires relèvent de l'article 795 du Code général des impôts (1268) ou sont des organismes de même nature (cas des *trusts*) relevant de l'article 795-0 A du Code général des impôts. Le *trustee* doit être soumis à la loi d'un État ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales.

Attention, un trust caritatif dont le constituant se réserverait à son profit ou celui d'un tiers tout ou partie des revenus ou des biens mis en *trust* ne pourrait relever de cette exclusion.

B/ Le *trusts* retraite

2610 Comme dans le cas précédent, le *trustee* doit être soumis à la loi d'un État ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales. Ils sont dispensés d'imposition au titre de l'IFI.

(1267) BOI-PAT-ISF-30-20-30, n° 80.

(1268) L'article 795 du Code général des impôts énumère les organismes exonérés des droits de mutation à titre gratuit.

§ III L'IFI et les conventions fiscales

2611 Les dispositions relatives à l'IFI s'appliquent sous réserve des conventions internationales.

Les modalités d'élimination des doubles impositions prévues par ces conventions trouvent à s'appliquer lorsqu'une double imposition juridique est caractérisée, c'est-à-dire dans les cas où une même personne est imposable au titre d'une même fortune par plus d'un État.

Dans cette hypothèse, lorsque la France est l'État de résidence, l'impôt acquitté à l'étranger est imputable dans la limite de l'impôt dû en France. Il incombe au redevable de justifier du paiement effectif de l'impôt étranger.

Remarque : les principes guidant l'interprétation des dispositions des conventions fiscales utilisées en matière d'impôt de solidarité sur la fortune (ISF) sont repris en matière d'IFI. Il n'en reste pas moins qu'une convention applicable à l'ISF ne l'est pas nécessairement à l'IFI, un examen au cas par cas des stipulations conventionnelles étant nécessaire (1269). En l'absence de convention fiscale internationale, et en application de l'article 980 du Code général des impôts, le montant des impôts dont les caractéristiques sont similaires à celles de l'IFI acquitté hors de France est imputable sur l'impôt exigible en France. Cette imputation est toutefois limitée à l'IFI acquitté au titre des biens et droits immobiliers situés hors de France ou sur la valeur des parts ou actions imposables représentatives de ces mêmes biens (1270).

§ IV L'IFI et la taxation de patrimoine composant le *trust* au titre du prélèvement *sui generis*

2612 Le prélèvement *sui generis* sur les *trusts*, codifié sous l'article 990 J du Code général des impôts, a pour principale finalité de sanctionner le défaut de déclaration au titre de l'IFI des actifs mentionnés à l'article 965 du Code général des impôts placés dans un *trust*.

Les dispositions de l'article 990 J du Code général des impôts sont applicables depuis le 31 juillet 2011. Le 1er janvier est le fait générateur du prélèvement spécifique sur les *trusts*. Ce prélèvement n'est pas couvert par les stipulations des conventions fiscales d'élimination des doubles impositions en matière d'impôt sur le revenu et la fortune conclues par la France. De plus, en cas de défaut de déclaration des avoirs en *trust*, le juge considère que ce prélèvement spécial ne se cumule pas avec l'ISF (1271).

Le taux du prélèvement *sui generis* correspond au tarif le plus élevé de l'IFI (c'est-à-dire **1,5 % en 2018**). Les redevables légaux de celui-ci sont les constituants du *trust* et les bénéficiaires réputés constituants. Les exonérations en matière d'IFI, notamment celles tenant à leur affectation à l'activité professionnelle du redevable ou à la nature de certains biens (bois et forêts...), ne sont pas applicables pour déterminer l'assiette du prélèvement.

Le prélèvement est liquidé et acquitté par le *trustee*.

(1269) BOI-PAT-IFI-10-20180608, n° 30.
(1270) BOI-PAT-IFI-50-20.
(1271) En ce sens CE, 8e et 3e ch., 25 sept. 2017, n° 412024.

CHAPITRE II Fiscalité applicable au décès du constituant

Section I Principe d'imposition aux droits de mutation à titre gratuit

2613 **Les parts déterminées** revenant à chaque bénéficiaire **sont taxables en France aux droits de mutation à titre gratuit** (1272). La taxation est soumise aux règles d'imposition de droit commun. Il est par conséquent possible d'appliquer les abattements selon les liens de parenté.

Dès lors, si le bénéficiaire et le constituant étaient mariés ou liés par un pacte de solidarité, la transmission sera effectuée en franchise de droits de succession. Les droits sont dus dès le décès du constituant, même si le *trust* n'est pas liquidé.

En qualité de notaire, lors de l'établissement de la déclaration de succession on indique l'existence du *trust*, son montant au jour du décès, c'est-à-dire la valeur vénale nette des biens, droits ou produits capitalisés à la date de la transmission.

À partir du décès, le *trustee* devient solidaire du paiement des droits vis-à-vis de l'administration fiscale. D'ailleurs en pratique, c'est lui qui paye les droits que génère la taxation de ces actifs.

L'article 750 *ter* du Code général des impôts définit les règles de territorialité applicables ; les droits sont dus sur l'ensemble des biens ou droits composant le *trust*, quelle que soit leur situation, lorsque le constituant a son domicile fiscal en France. À défaut les droits sont dus :

- soit sur l'ensemble des biens ou droits composant le *trust*, quelle que soit leur situation, lorsque le bénéficiaire est domicilié en France au jour de la transmission et l'a été pendant au moins six ans au cours des dix dernières années ;
- soit sur les seuls biens ou droits situés en France dans les autres cas (1273).

La présomption de l'article 752 du Code général des impôts est applicable au *trust*. Rappelons qu'aux termes de ce texte, il est présumé (simplement) que les actions, obligations, parts de fondateurs ou bénéficiaires, parts sociales et toutes autres créances dont le défunt a eu la propriété, a perçu les revenus ou à raison desquelles il a effectué une opération quelconque moins d'un an avant le décès, font partie de sa succession pour le calcul des droits.

Section II Cas particulier des droits de succession au taux de 45 %

2614 **Au cas particulier d'une transmission globale d'une part déterminée** à plusieurs descendants du constituant, **sans qu'il soit possible de la répartir entre eux**, alors les droits de succession sont dus au taux de la dernière tranche du tableau I de l'article 777, soit au taux de 45 % (1274).

Dans ce cas, l'abattement en ligne directe ne s'applique pas.

(1272) BOI-ENR-DMTG-30-2012-10-16, n° 20.
(1273) *BOI* préc., n° 30.
(1274) Ce cas ne s'applique pas en cas de transmission au conjoint ou à un ascendant.

Exemple

Un *trust* irrévocable dont les bénéficiaires sont pour moitié les petits-enfants du constituant « vivants à la date du 1er janvier 2025 ». Le nombre de bénéficiaires n'étant pas déterminé, ils seront imposables au taux de 45 %.

Section III Cas particulier des droits de succession au taux de 60 %

2615 En pratique ce taux n'est applicable que si les biens restent dans le *trust* à la suite du décès du constituant sans être attribués, ou si la transmission est réalisée à des bénéficiaires qui ne sont pas des descendants du constituant et qu'il s'agit d'une *part non individuellement déterminée*. Dans ce cas, aucun abattement ne s'applique.

De même, ce taux de 60 % est applicable si le *trustee* est soumis à la loi d'un État ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A du Code général des impôts, ou lorsque le *trust* a été créé après le 11 mai 2011 par un constituant fiscalement domicilié en France lors de sa constitution.

Exemple récapitulatif

Un *trust* dont l'actif net vaut 1 000 à la date du décès de son constituant :

- un bénéficiaire prénommé Auguste, enfant du constituant reçoit 200. Il est également héritier du *settlor* et les 200 s'ajoutent à sa part successorale. La taxation va dépendre du montant de celle-ci et sera taxée selon les règles de droit commun ; droits de mutation à titre gratuit selon le barème de droit commun au profit des enfants avec application de l'abattement de 100 000 € ;
- un bénéficiaire prénommé Béatrice, sans lien de parenté avec le constituant et qui n'en est pas héritier reçoit 100. Cette somme minorée de l'abattement de 1 594 € est taxée au taux de 60 % en application du barème de droit commun applicable entre non-parents ;
- Auguste et sa sœur Catherine reçoivent, de manière globale 100 : il s'agit d'une transmission globale d'une part déterminée sans qu'il soit possible de la répartir entre eux. Droit de mutation *sui generis*, cette somme est taxée à 45 % et l'abattement de 100 000 € n'est pas applicable ;
- Auguste, Catherine et leur mère Danièle (épouse du constituant) reçoivent de manière globale 300. Il s'agit d'une transmission globale d'une part déterminée sans qu'il soit possible de la répartir entre eux et l'un des bénéficiaire (le conjoint) n'est pas un descendant : droit de mutation *sui generis*, cette somme est taxée à 60 %. Aucun abattement ne s'applique ;
- le solde de l'actif net, soit 300, demeure dans le *trust* ou est transmis à un bénéficiaire indéterminé. Cette somme est également taxée à 60 % : droit de mutation *sui generis*.

Section IV Quel est l'impact des conventions fiscales internationales ?

2616 La convention en matière de succession et de donation est celle applicable afin d'éliminer d'éventuelles doubles impositions. L'existence du *trust* n'a pas d'incidence et l'on considère que les biens et droits affectés sont taxables. Lorsque la France est l'État de résidence, l'impôt acquitté à l'étranger est imputable dans la limite de l'impôt dû en France et il incombe au redevable de justifier du paiement effectif de l'impôt étranger.

Section V Cas des transmissions successives

2617 Le bénéficiaire devient, lors du décès du constituant, un constituant substitutif. Si le *trust* perdure de génération en génération, le patrimoine est taxé à chaque décès des constituants substitutifs selon le degré de parenté et les taux d'imposition et abattements applicables au jour du décès (par ex., lorsque les enfants du bénéficiaire initial deviennent bénéficiaires en remplacement de leur parent, à la suite du décès de ce dernier).

Section VI Cas d'une sortie ultérieure des biens affectés dans le *trust*

2618 Si les attributaires des biens sortis du *trust* sont les bénéficiaires identifiés lors de la dernière transmission avec une répartition entre eux des biens identique à celle opérée lors de la dernière transmission, il y a lieu de considérer que la sortie (totale ou partielle) des biens du *trust* ne constitue pas une nouvelle mutation ; aucun droit de mutation n'est dû. En revanche, s'il n'y a pas identité parfaite entre les attributaires des droits ou biens sortis du *trust* et les bénéficiaires identifiés lors de la dernière transmission, ou si la répartition diffère de celle opérée lors de la dernière transmission, une taxation aux droits de donation sera effectuée en considérant que le premier bénéficiaire a consenti une donation au profit du nouvel attributaire de ces droits ou biens.

CHAPITRE III Fiscalité applicable à la dissolution du *trust*

2619 La taxation de cette opération s'effectue suivant les mêmes modalités que celles énoncées au chapitre précédent, en cas de sortie ultérieure de biens restés dans un *trust*.

Par exception aux dispositions précédentes, et dans les cas où la qualification de donation ou de succession ne s'appliquerait pas, il est prévu que le taux des droits de mutation à titre gratuit applicable est de 60 %, indépendamment du lien de parenté unissant le constituant au bénéficiaire et de l'objet de la transmission (part déterminée ou part globale) lorsque le *trust* est administré depuis un État ou territoire non coopératif (ETNC) ou que le *trust* a été créé après le 11 mai 2011 par un constituant fiscalement domicilié en France lors de la constitution.

En Amérique, en présence d'un *trust* irrévocable, les biens sont réintégrés dans le patrimoine du *trustor* à son décès s'il se réserve certains droits proscrits par *l'Internal Revenue Code* (IRC, Code fédéral des impôts américain).

Exemple typique : l'usufruit (système français de démembrement de propriété).

D'autre part, on « croise » parfois des *resulting trust* : il s'agit par exemple de cas où les objectifs d'un *trust* exprès ont été remplis, mais où le *trustee* continue de détenir certains biens comme *resulting trust*.

SIXIÈME PARTIE

L'assurance vie dans un cadre international

2620 **– Introduction. –** Pour pallier deux grands événements à risques liés à la durée de la vie humaine, c'est-à-dire le décès prématuré, d'une part, ou la survie prolongée, d'autre part, les compagnies proposent deux grandes catégories de contrats : les contrats de prévoyance décès et les contrats de prévoyance vie. Ces contrats de prévoyance ont pour objet « par prévoyance » de créer, de fabriquer un capital ou une rente pour soi-même ou pour autrui, pour bien vivre ou bien survivre.

Dans un premier temps les compagnies proposaient uniquement à leurs clients des contrats par lesquels, en échange de primes payées par le souscripteur, elles s'engageaient à verser, soit au souscripteur lui-même, soit à un tiers bénéficiaire, un capital ou une rente. Ces contrats avaient pour unique objet de « fabriquer un patrimoine » (par ex. : on assure un prêt immobilier en cas de maladie ou de décès).

Désormais, depuis une quarantaine d'années, les compagnies offrent aux épargnants un autre contrat qui a pour objet de gérer une partie du patrimoine de l'assuré puis de le transmettre à ses proches. Ces contrats reposent sur le principe de la capitalisation. Le capital payé par la compagnie est en général égal au montant des primes versées par le souscripteur durant la vie du contrat, augmentées des intérêts et produits capitalisés. Ces contrats de capital différés contre-assurés connaissent incontestablement un large succès. Ils sont largement souscrits dans un but d'organisation patrimoniale et afin de limiter les droits de mutation à titre gratuit en cas de décès (par ex. : ces contrats sont souvent souscrits par le vendeur d'un bien immobilier pour placer le produit de la vente).

Les contrats d'assurance sont des contrats aléatoires, au sens de l'article 1108 du Code civil : « Il est aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain ».

Il peut s'agir d'un aléa en raison d'une perspective de gain (capital reçu par le bénéficiaire) ou de perte (primes versées à fonds perdu), ou encore d'un aléa sur l'identité du bénéficiaire du contrat selon la cause de son dénouement : le souscripteur en cas de vie de l'assuré, le bénéficiaire dans le cas de son décès.

Cette autre conception de l'aléa propre au contrat d'assurance vie de prévoyance qui emprunte, du point de vue de leur technique de gestion, aux opérations de capitalisation, avait été retenue par la Cour de cassation dans une série de quatre arrêts du 23 novembre 2004 (1275).

Le contrat d'assurance vie est donc un contrat dont le but est patrimonial, et dont les stratégies sont fondées sur l'aléa comportant une stipulation pour autrui.

2621 Ceci étant rappelé, et eu égard à la mobilité croissante des Français, nous sommes désormais fréquemment confrontés au traitement de contrats comportant « un gène international ». Ce gène apparaît sous les traits d'un élément d'extranéité.

On peut être en présence d'un élément d'extranéité dès la souscription du contrat, mais il peut également apparaître en cours d'exécution du contrat. Ces éléments soulèvent, d'une part, des questions relatives au régime applicable au contrat, selon le lieu de résidence du souscripteur ou de l'assureur et, d'autre part, des questions relatives au régime fiscal du souscripteur ou du bénéficiaire au moment du rachat ou du dénouement.

Un contrat souscrit par un résident fiscal français auprès d'une compagnie française peut, suite au changement de résidence du souscripteur, être soumis à un élément d'extranéité s'il effectue des rachats alors qu'il est devenu entre-temps résident étranger. Il en serait de même en cas de dénouement du contrat suite à son décès. La souscription par un Français

(1275) Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, n^{os} 01-13.592, 02-11.352, 02-17.507 et 03-13.673 (arrêts n^{os} 224, 225, 226 et 227).

d'un contrat auprès d'une compagnie de droit étranger (par ex. : une compagnie luxembourgeoise ou suisse) introduit également un élément d'extranéité. Tel serait également le cas de la souscription par un non-résident d'un contrat auprès d'une compagnie de droit français.

Ces différents éléments d'extranéité complexifient l'analyse des juristes et fiscalistes : en effet, quel droit faut-il appliquer ? Et la nationalité des parties a-t-elle une influence sur la loi applicable ?

Le contrat est-il valable ou attaquable et dans quel pays, avec quelle procédure ? Quelle sera l'imposition applicable lors du rachat ou du dénouement ? Le lieu de situation de la compagnie, ou du souscripteur, ou du bénéficiaire a-t-il une influence ? Faut-il payer des impôts dans plusieurs pays ? Tous les pays reconnaissent-ils l'assurance vie telle que nous la connaissons en France ? Peut-on attaquer une assurance vie contenant des éléments d'extranéité, notamment sur la théorie des primes manifestement exagérées ? Et comment la clause bénéficiaire démembrée va-t-elle être appliquée dans les autres pays ? Doit-on lors du dénouement du contrat préconiser une convention de quasi-usufruit ?

Il sera tenté ici de faire un état des lieux le plus exhaustif possible en apportant un maximum d'éclairage sur les solutions existantes. On étudiera ensuite les contrats de droit luxembourgeois. Il n'est plus possible de les ignorer, tant ils sont devenus attractifs. Enfin, on s'interrogera sur les actions judiciaires possibles à l'encontre d'un contrat d'assurance international.

TITRE I

L'assurance vie sous l'angle civil

2622 **– En droit interne. –** Lorsque le souscripteur a sa résidence principale en France, et quelle que soit sa nationalité, au moment de la souscription et si la compagnie d'assurance est française, alors la loi applicable est celle du droit commun des contrats.

La combinaison des articles L. 310-1 et L. 310-5 du Code des assurances est la clé de lecture en droit interne.

L'article L. 310-1 définit les contrats d'assurance et de capitalisation soumis au contrôle de l'État, alors que l'article L. 310-5 définit le régime juridique de l'opération applicable à ces types de contrats. « Pour les opérations mentionnées au 1° et au dernier alinéa de l'article L. 310-1, **est regardé comme État de l'engagement l'État où le souscripteur a sa résidence principale** ou, si le souscripteur est une personne morale, L'État où est situé le siège social ou l'établissement de cette personne morale auquel le contrat se rapporte ».

L'article L. 310-5 du Code des assurances fait référence à deux notions essentielles :
- la notion de l'État de l'engagement, qu'il faut entendre comme celle de l'État de la loi applicable ;
- la notion de résidence principale du souscripteur.

Puisque la présente analyse est civiliste et non fiscale, il faut retenir le concept de « domicile » de l'article 102 du Code civil avec ses critères alternatifs : lieu de l'exercice de l'activité professionnelle ; lieu de paiement des impôts ; lieu d'inscription sur les listes électorales ; lieu de résidence des membres d'une même famille ; lieu de scolarisation des enfants (pour approfondissement, V. *infra,* n° 2441).

La notion de résidence telle que définie par l'article 4 B du Code général des impôts n'a donc pas lieu d'être retenue même si, pour rappel, elle est assez proche de la notion de domicile de l'article 102 du Code civil.

Attention : il faut être prudent dans l'analyse de la notion de résidence principale, car un souscripteur peut être résident fiscal d'un État au sens de l'article 4 B du Code général des impôts et résident à titre principal dans un autre État au sens de l'article 102 du Code civil.

Les « expatriés » compte tenu de l'absence de résidence principale en France, pendant une période temporaire, sont considérés pendant cette période comme ne disposant plus de résidence principale en France au sens de l'article L. 310-5 du Code des assurances. Cette situation n'est pas gênante en soi : en effet, la date d'appréciation du critère de résidence principale est la date de souscription du contrat, nonobstant le changement ultérieur de résidence principale du souscripteur.

La nationalité du souscripteur sera donc sans influence sur la loi applicable au contrat.

L'article L. 183-1 complète l'article L. 310-5 du Code des assurances. Il permet de déroger à la loi de l'État de l'engagement pour retenir soit la loi française, soit la loi de l'État dont le souscripteur est ressortissant, si le souscripteur est une personne physique et ressortissant d'un autre État membre de l'Espace économique européen.

2623 **– En droit international. Rappel historique. –** Faute de règle relative à la loi applicable en matière de contrat dans le Code civil (l'article 3 dudit code n'envisage pas les actes

juridiques), c'est la jurisprudence qui a dû énoncer ces règles, tant en ce qui concerne la loi applicable au fond qu'à la forme.

Ces règles jurisprudentielles ont été remplacées par la Convention de Rome du 19 juin 1980, convention qui a unifié, dans le cadre de l'Union européenne, les règles de conflit applicables aux obligations contractuelles. Elle s'applique aux contrats conclus après le 1er avril 1991.

La Convention de Rome de 1980 sera remplacée par le règlement Rome 1 pour les contrats conclus après le 17 décembre 2009. Le contrat d'assurance y fait l'objet d'un long article 7 qui a vocation à rassembler dans un texte unique des règles de conflit contenues dans des directives antérieures.

De ces évolutions, il ressort que la loi applicable aux contrats d'assurance vie dépend de leur date de souscription. Il faut distinguer les contrats souscrits avant et après le 17 décembre 2009. Il y a lieu également de faire une distinction géographique basée sur le lieu de l'engagement : les contrats souscrits dans ou en dehors de l'Espace économique européen.

CHAPITRE I Loi applicable aux contrats conclus avant le 17 décembre 2009

2624 La combinaison des articles L. 183-1 et L. 183-2 du Code des assurances est la clé de lecture en droit international pour les contrats conclus avant le 17 décembre 2009.

Le Code des assurances contient une règle de conflit spéciale. Cette règle figure à l'article L. 183-1 (1276) du Code des assurances.

Cette règle est complétée par l'article L. 183-2 du même code, relatif à l'application des lois de police (1277).

L'article L. 183-1 du Code des assurances est issu d'une loi transposant une directive européenne et ne s'applique qu'aux risques situés sur le territoire de l'Espace économique européen (EEE).

En principe, la loi applicable est donc la loi de l'État de l'engagement au sens de l'article L. 310-5 du Code des assurances, c'est-à-dire la loi de l'État où le souscripteur a sa résidence principale au sens de l'article 102 du Code civil. Par application de ce texte, la loi française régit le contrat d'assurance à l'exclusion de toute autre si le souscripteur a son siège social, son établissement, ou sa résidence principale (pour une personne physique) en France au moment de la souscription.

Par exception, si le souscripteur est une personne physique, qu'il a sa résidence principale au sens de l'article L. 310-5 du Code des assurances dans un État membre de l'Espace économique européen et qu'il est ressortissant d'un autre État membre, dans ce cas il

(1276) C. assur., art. L. 183-1 : « Lorsque l'engagement est pris, au sens de l'article L. 310-5, sur le territoire de la République française, la loi applicable au contrat est la loi française, à l'exclusion de toute autre. Toutefois, si le souscripteur est une personne physique et est ressortissant d'un autre État membre de l'Espace économique européen, les parties au contrat d'assurance peuvent choisir d'appliquer soit la loi française soit la loi de l'État dont il est ressortissant ».

(1277) C. assur., art. L. 183-2 : « Les dispositions de l'article L. 183-1 ne peuvent faire obstacle aux dispositions d'ordre public de la loi française applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Toutefois, le juge peut donner effet sur le territoire de la République française aux dispositions d'ordre public de la loi de l'État membre de l'engagement si le droit de cet État prévoit que ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat ».

pourra déroger et choisir soit la loi de l'État de sa résidence principale (État de l'engagement), soit la loi de l'État de sa nationalité (1278).

Pour tous les autres cas de contrats souscrits dans l'Espace économique européen, il faudra appliquer les règles de détermination de la Convention de Rome du 19 juin 1980. Pour les contrats souscrits hors de l'Espace économique européen, il faudra appliquer les règles de droit commun des contrats.

CHAPITRE II Loi applicable aux contrats conclus à compter du 17 décembre 2009

2625 En matière de contrats conclus depuis le 17 décembre 2009, **il faut distinguer la loi applicable pour l'ensemble des obligations relatives à l'information précontractuelle et au devoir de conseil de l'assureur**. Si le contrat est souscrit en France, la loi applicable sera toujours la loi française. En revanche, pour **la loi applicable au contrat lui-même**, il y a lieu d'appliquer les règles ci-dessous développées.

Section I Pour les contrats dont les risques sont situés à l'intérieur du territoire des États membres

2626 Pour les contrats souscrits après le 17 décembre 2009, le texte permettant de déterminer la loi applicable est le règlement Rome I. L'article 7, § 3, offre aux cocontractants le choix entre trois lois différentes :

- la loi de tout État membre où le risque est situé au moment de la conclusion du contrat, c'est-à-dire l'État membre de l'engagement ;
- la loi du pays dans lequel le preneur d'assurance a sa résidence habituelle ;
- la loi de l'État membre dont le preneur d'assurance est ressortissant.

À défaut de choix, le contrat est régi par la loi de l'État membre où le risque est situé au moment de sa conclusion, c'est-à-dire par la loi de l'État de l'engagement, envisagée comme la loi de la résidence habituelle du souscripteur, personne physique.

Ce critère applicable par défaut permet de désigner la même loi pour les contrats signés avant et après le 17 décembre 2009, c'est celle du lieu de l'engagement (1279).

En pratique

Exemple 1 : un ressortissant belge résidant en France peut volontairement soumettre le contrat d'assurance vie qu'il va souscrire à la loi belge (loi de sa nationalité) ou la loi française (loi de sa résidence). Faute de précision dans le contrat, la loi applicable sera la loi française (loi de l'État de l'engagement considérée comme choisie à défaut).

(1278) Deuxième Dir. 90/619/CEE, 8 nov. 1990, art. 4. Cette directive concerne l'assurance directe sur la vie et modifie la directive 79/267/CEE. Elle vise le développement du marché intérieur de l'assurance et introduit en son titre II, article 4, la présente exception. Elle complète cette exception en indiquant en son article 4, § 3 que : « Lorsqu'un État comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles de droit en matière d'obligations contractuelles, chaque unité est considérée comme un pays aux fins d'identifier la loi applicable en vertu de la présente directive ».

(1279) C. assur., art. 181-3 ou par application de l'article 7, § 3 du règlement Rome I.

Exemple 2 : pour un ressortissant français résidant en France, la loi française s'applique obligatoirement.
Exemple 3 : pour un ressortissant allemand résidant en Allemagne, la loi allemande s'applique obligatoirement, même si la compagnie est luxembourgeoise ou si le souscripteur déménage par la suite.

On comprend que le lieu de la signature du contrat n'est pas un élément qui déterminera la loi applicable, contrairement à une croyance erronée. Il n'y a pas de modification de la loi applicable en cas de changement de résidence du souscripteur en cours de contrat.

D'autre part, la souscription en France d'un contrat par un étranger résidant habituellement hors de France est considérée comme une signature réalisée hors de France. On comprend maintenant la raison qui motive certaines compagnies françaises à refuser de consentir à des étrangers des contrats d'assurance vie, eu égard à leur obligation d'appliquer une loi qu'elles ne maîtriseraient pas ou peu.

Le praticien doit savoir qu'en matière d'assurance, il y a lieu de distinguer l'assureur de l'intermédiaire :
- l'assureur peut souscrire des contrats dans son territoire, mais il peut également proposer un contrat dans un autre État membre auprès d'un souscripteur résident de cet État à la condition expresse d'avoir notifié son exercice en libre prestation de services (1280). Nous sommes alors dans le cadre d'une opération transfrontalière ;
- l'intermédiaire est celui qui va faire souscrire les contrats alors qu'il n'est ni l'assuré ni le souscripteur. Il doit faire une déclaration en libre prestation de services auprès de l'autorité compétente du pays d'accueil (1281). Le règlement Rome I ne s'applique pas à l'intermédiation.

La validité du contrat en dépend ; par conséquent, la vérification de ces points est importante. En effet, le souscripteur mécontent des performances de son contrat pourrait chercher à en obtenir la nullité. Ces obligations ont pour finalité de permettre au souscripteur de comprendre le contrat auquel il souscrit.

Section II Pour les contrats dont les risques sont situés à l'extérieur du territoire des États membres

Si le souscripteur n'a pas sa résidence habituelle sur le territoire d'un État membre, le **2627**
contrat d'assurance vie sera régi, au fond, par les articles 3 et 4 du règlement Rome I. Les parties pourront alors choisir librement la loi applicable au contrat, et, à défaut de choix, celui-ci sera soumis à la loi de la résidence habituelle de l'assureur (1282).

(1280) En France la notification par l'assureur doit être réalisée à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution.
(1281) Nous parlons alors de « passeport unique ». Le pays de résidence du souscripteur peut imposer des obligations, telles que la rédaction des contrats dans sa langue et l'application de règles protectrices. Quoi qu'il en soit, l'intermédiaire, s'il est Français, doit informer l'Organisme pour le registre unique des intermédiaires en assurance, banque et finance (ORIAS) (C. assur., art. L. 515-1).
(1282) É. Fongaro, *Dr. famille* janv. 2018, n° 1, dossier 7.

Section III Difficultés pratiques

2628

Attirons l'attention du praticien français sur la problématique des résidences secondaires

Un souscripteur de nationalité américaine contracte une assurance vie en France à l'occasion de la vente d'un logement à Paris. Le contrat prévoit que la loi applicable est la loi de la résidence habituelle du souscripteur. Il est propriétaire d'une résidence secondaire à Cannes et l'assureur indique cette adresse, lors de la souscription du contrat. En réalité, le souscripteur a sa résidence habituelle à San Francisco. Le contrat est en unités de compte et sa valeur chute considérablement après quelques mois ou quelques années. Dans ce cas, le souscripteur pourrait être tenté d'agir en nullité du contrat pour obtenir le remboursement des primes versées. En effet, le contrat est soumis à la loi de l'État de Californie. En cas d'absence d'agrément administratif de l'État de Californie, l'assureur pourrait être en infraction avec la réglementation américaine. La loi américaine régissant le contrat, il faut s'interroger pour savoir si le contrat est valable.

2630

En pratique

Les compagnies d'assurance françaises n'acceptent pas de contracter avec n'importe quel souscripteur. Elles commercialisent le plus souvent les contrats souscrits par :
- un étranger résidant à titre principal en France, mais refusent les Européens ou étrangers résidant dans l'Union européenne ou à l'étranger ;
- un Français résidant temporairement dans l'Union européenne ou à l'étranger (sous réserve de certaines réglementations étrangères), mais refusent les Français résidant définitivement hors de France.

2631

Cas particulier de versement complémentaire sur un contrat déjà souscrit

Une récente réponse ministérielle rappelle qu'un assureur peut être amené à refuser de recevoir un versement complémentaire sur un contrat d'assurance vie conclu en France si l'assuré a par la suite établi sa résidence principale à l'étranger (1283).

Cette position résulte de la crainte que le contrat soit alors considéré comme soumis à la loi de l'État de résidence du souscripteur au moment du nouveau versement.

En ce sens, la jurisprudence (1284) avait déjà confirmé cette position. En effet, elle avait jugé légitime le refus d'un assureur d'accepter l'enregistrement d'un versement complémentaire tant que la compagnie n'avait pas eu la confirmation de la régularité de l'opération au regard des lois du nouveau pays de résidence de l'assuré (dans le cas d'espèce, Israël).

Section IV L'assurance vie, une notion variante selon les pays

2632 Il faut être vigilant, car la notion d'assurance vie telle qu'elle est connue en France varie en fonction des pays. Par exemple :
- en droit belge, le dénouement d'un contrat d'assurance vie par décès est considéré, en vertu de l'article 8 du Code des successions, comme un legs et de ce fait le capital versé aux bénéficiaires est soumis aux droits de mutation à titre gratuit ;

(1283) Rép. min. Cadic n° 474 : *JO* Sénat 8 nov. 2018, p. 5704.
(1284) Cass. 2e civ., 8 sept. 2016, n° 15-11.364.

– en droit suisse comme dans d'autres pays, seuls les contrats de prévoyance (1285) sont susceptibles de bénéficier d'une exonération pleine et entière de droits de succession.

Par conséquent, le praticien doit acquérir le réflexe, pour chaque dossier, de consulter un spécialiste situé sur le territoire étranger. Il faut s'assurer que le contrat a dans ce pays les mêmes spécificités et le même traitement fiscal. Il convient que chaque intervenant donne sa définition des termes qu'il emploie, de façon à éviter des contresens. De la même manière, il faut définir le périmètre des notions développées et s'assurer de la définition de chaque mot. À défaut, on prendrait le risque de se voir confronté à des déconvenues. Faire du droit international, c'est avant tout faire preuve de beaucoup de prudence et pouvoir bénéficier d'un bon réseau de juristes et fiscalistes du ou des pays dans lesquels on souhaite travailler. Faire du droit international, c'est avant tout savoir qualifier tant sur le plan civil que sur le plan fiscal.

Danger de la clause bénéficiaire indiquant « mes héritiers »

Depuis la réforme opérée par le règlement « Successions » n° 650/2012, il faut être très critique à l'égard des clauses bénéficiaires du type « Mon conjoint survivant, à défaut mes héritiers » ou « mes héritiers » ou encore « mes héritiers vivants ou représentés ».

Si le souscripteur, entre le moment de désignation de la clause bénéficiaire et son décès, vient à se délocaliser à l'étranger, nous pourrions en application du règlement « Successions » appliquer à la dévolution successorale une loi autre que celle qui était applicable au moment de la désignation.

Exemple : Mme S'Lika, de nationalité franco-marocaine demeurant à Paris, de religion musulmane, ayant deux enfants (une fille et un garçon), souscrit à la SOGECAP un contrat d'assurance vie et désigne comme bénéficiaire « mes héritiers ». Entre-temps elle déménage à Casablanca où elle décède quelques années après.

En application de la loi française, ses héritiers seraient sa fille et son fils chacun pour moitié. Or, au moment de son décès et en application de la loi successorale marocaine, ses héritiers sont sa fille et son fils. Toutefois, sa fille hérite dans une moindre proportion. En effet, selon la loi marocaine, les filles héritent de la moitié de la part des garçons. De plus, ses enfants n'hériteront qu'à la condition d'être eux-mêmes musulmans.

Cet exemple met en évidence le risque que les bénéficiaires du capital ne soient pas ceux réellement souhaités par le souscripteur. Tel serait le cas si ce dernier avait à l'esprit que les bénéficiaires de son contrat étaient ceux tels que définis par la loi successorale française alors qu'en pratique ils seront définis par la loi successorale marocaine.

La solution consisterait certainement dans une évolution de la rédaction de la clause bénéficiaire qui doit désormais pallier cette difficulté. Le 115e Congrès des notaires propose d'indiquer comme nouvelle clause bénéficiaire : « mes héritiers tels que définis en application de la loi successorale française ».

(1285) Sont exclus les contrats de capitalisation.

TITRE II

L'assurance vie sous l'angle fiscal

2633 La fiscalité est déjà complexe en matière d'assurance vie ; elle devient extrêmement technique en présence d'éléments d'extranéité.

– Principe de l'imposition. – Nous allons distinguer la fiscalité en cas de rachat et celle en cas de décès. Dans ces deux cas, l'élément d'extranéité sera constaté à des moments différents : pour le rachat et l'application de l'article 125 A du Code général des impôts, il faut se placer au moment du rachat proprement dit, alors qu'en cas de dénouement par décès et pour l'application des articles 990 I ou 757 B du Code général des impôts, il faudra se placer au moment du décès de l'assuré.

Il faut rappeler que la France connaît un système mixte : les résidents français sont imposés de manière illimitée, c'est-à-dire que l'assiette de leur imposition est composée des revenus mondiaux qu'ils perçoivent (approche mondiale), alors que les non-résidents sont soumis à une obligation fiscale limitée, c'est-à-dire que l'assiette de leur imposition se limite aux revenus perçus en France (approche territoriale).

La première opération d'un fiscaliste va consister à déterminer le domicile fiscal du contribuable : en France, pour déterminer le domicile fiscal de la personne imposable, c'est-à-dire du souscripteur lors du rachat ou du bénéficiaire lors du décès, il faut appliquer l'article 4 B du Code général des impôts et ses critères alternatifs (V. *supra*, n° 2445). Toutefois, en cas d'existence d'une convention fiscale et en cas de conflit entre les États sur la notion de résidence, alors nous devons avoir recours aux critères conventionnels qui sont des critères successifs (V. *supra*, n° 2457).

2634 Ensuite, il faudra qualifier le produit versé par l'assureur : la qualification des revenus ou produits contenus dans un rachat est parfois source d'incertitude.

Dans le cadre d'un dénouement par décès d'un contrat souscrit en France, le souscripteur d'un contrat d'assurance vie est créancier de la compagnie d'assurance. Cette créance est un bien incorporel.

2635 La troisième opération consiste à rattacher la somme encaissée à une catégorie de revenus.

Pour définir la catégorie de revenus, il faut appliquer en présence d'une convention le principe de l'énumération, c'est-à-dire que l'on énumère et définit chacune des catégories et leur contenu. Il suffira de choisir la catégorie correspondante.

À défaut de pouvoir les rattacher dans l'une des catégories contenues dans la convention, il sera fait renvoi au droit interne et nous définirons la catégorie du revenu par application de l'article 164 B du Code général des impôts.

En présence de convention, la double imposition est évitée selon les modalités de l'imputation (V. *supra*, n° 2471) ou de l'exonération (V. *supra*, n° 2468).

Que faire en cas de non-imposition d'un revenu dans le pays de résidence ?

Le contribuable pourrait-il invoquer les dispositions de la convention qui ont pour but d'éliminer les doubles impositions et non pas d'aboutir à une double exonération ? Pour répondre à cette question, qui a déjà été traitée, nous vous renvoyons *supra*, aux n^{os} 2476 et suivants.

SOUS-TITRE I

Fiscalité en cas de vie

CHAPITRE I Le rachat

Section I Régime applicable avant la réforme de 2018

2636 Avant la réforme de la loi de finances, le régime fiscal reposait sur l'idée d'une dégressivité de la fiscalité en fonction de la durée de l'épargne pour inciter l'assuré à réaliser une épargne longue. Il en résultait l'absence de taxation des produits pendant la phase de constitution de l'épargne et la faculté pour le souscripteur de choisir soit un prélèvement à la source lors de la disponibilité de l'épargne, soit l'assujettissement des revenus au barème progressif. Une exonération des produits liés aux primes versées avant le 26 septembre 1997 (pour une durée supérieure à six ou huit ans) et entre le 26 septembre et le 31 décembre 1997 avec un plafond de 200 000 F (pour une durée supérieure à huit ans), et enfin une dégressivité du taux de prélèvement forfaitaire libératoire en fonction de la durée du contrat couplé au bénéfice, après huit ans d'un abattement de 4 600 € ou 9 200 €, variable en fonction de la situation familiale du souscripteur.

Les souscripteurs non-résidents étaient, pour les contrats souscrits auprès d'une entreprise d'assurance établie en France, obligatoirement soumis au prélèvement forfaitaire libératoire, au taux applicable selon la durée du contrat (sous réserve ensuite de l'application des conventions fiscales).

Le taux des prélèvements forfaitaires libératoires était porté à 75 %, lorsque le bénéficiaire était dans un territoire non coopératif.

En pratique cette législation pouvait être gênante, particulièrement dans le cadre d'un rachat réalisé à l'étranger.

Exemple

Un Français souscrit un contrat en France avec une compagnie française. Trois ans s'écoulent et il déménage pour des raisons professionnelles pour s'installer au Botswana. Le souscripteur devient non-résident (nous excluons le cas des expatriés). Le Botswana étant un État non coopératif, les intérêts étaient taxés au taux de 75 %. Il eut été préférable de réaliser le rachat avant de s'exiler.

Section II Régime applicable depuis la réforme de 2018

2637 La loi de finances de 2018 instaure une distinction supplémentaire quant à la date de versement des primes et crée le prélèvement forfaitaire non libératoire qui dépend non seulement de la durée du contrat, mais également en partie de l'importance des primes versées.

- Pour les intérêts attachés aux primes versées avant le 27 septembre 2017, la fiscalité antérieure continue de s'appliquer et le souscripteur peut opter pour le prélèvement forfaitaire libératoire dégressif par tranches de quatre ans.
- Les intérêts attachés aux primes versées après le 27 septembre 2017 sont soumis au prélèvement forfaitaire non libératoire (PFNL) réalisé à titre d'acompte au taux de 12,8 %, et ceci quelle que soit la durée du contrat. Le taux du PFNL n'est que de 7,5 % lorsque le montant total des primes versées avant le 27 septembre 2017 n'ayant pas fait l'objet d'un remboursement au 31 décembre de l'année qui suit le fait générateur d'imposition de ces produits n'excède pas 150 000 € (1286). Le prélèvement n'étant pas libératoire, les intérêts doivent être portés dans la déclaration de revenus de l'année concernée et l'acompte payé au titre du prélèvement s'impute sur l'impôt dû.

En cas de délocalisation en cours de contrat, le souscripteur résidant alors hors de France doit apporter la preuve de sa non-domiciliation fiscale à l'assureur pour pouvoir bénéficier du régime fiscal auquel il peut prétendre.

Un arrêté du 20 décembre 2006 indique en France les formalités à respecter pour se prévaloir de l'applicabilité des conventions et par conséquent d'une élimination des doubles impositions (1287).

D'autre part, il se peut qu'il faille produire également un formulaire spécifique et obligatoire, visé par l'administration fiscale de l'État de résidence.

Lors du rachat, le souscripteur perçoit une partie ou la totalité du capital versé, augmenté des intérêts et produits capitalisés.

À savoir

Ce principe est parfois inconnu des législations du lieu de résidence du redevable (notamment en Allemagne).

En présence d'une convention fiscale, comment qualifier ces revenus correspondants aux produits attachés aux primes versées et ayant l'opération de rachat pour fait générateur de taxation ?

La qualification de ce revenu est parfois source d'incertitude.

En général, **les plus-values sur rachat** de contrat d'assurance vie **sont traitées comme des intérêts** au niveau des conventions fiscales internationales. C'est le cas en présence d'une définition large donnée par l'article relatif aux intérêts, contenu dans la convention, notamment la notion de « créance de toute nature » (1288).

D'autres fois, la convention donne une définition plus précise des intérêts et ne mentionne pas ce type de créance, **il conviendra alors de se référer à la clause « balais »** des conventions fiscales.

(1286) CGI, art. 200 A, 1, B, 2° nouveau. Pour approfondissement : *RFP* févr. 2018, n° 2, étude 4, M. Leroy.

(1287) Le contribuable doit compléter et produire le formulaire 5002 pour permettre la liquidation et le remboursement du prélèvement à la source sur les intérêts. Le formulaire 5000 doit être visé par l'administration compétente de l'État de résidence du souscripteur qui garde l'un des trois exemplaires. Le deuxième exemplaire (en langue étrangère) sera conservé par le contribuable et le troisième (en langue française) devra être transmis avant la mise en paiement des intérêts à l'assureur.

(1288) Rép. min. 6 mai 1991, n° 38725 : *JOAN* Q 6 juin 1991, p. 1812.

Les principes généraux étant posés, nous allons limiter notre étude à deux hypothèses d'imposition. Le premier cas concerne un rachat auprès d'une compagnie étrangère, par un résident fiscal français. Le second sera celui d'un contrat souscrit auprès d'une compagnie française, par un non-résident.

Nous limitons notre étude uniquement aux contrats de prévoyance et de capitalisation. Ces deux types de contrats représentent la presque totalité des dossiers que nous aurons à résoudre dans la pratique.

§ I Contrat souscrit auprès d'une compagnie étrangère par un résident fiscal français au moment du rachat

2638 Le lieu de souscription étant fiscalement sans incidence, il convient d'appliquer l'approche mondiale et les revenus du contribuable sont taxables en France.

Le souscripteur est dans une situation différente selon que les primes ont été versées avant ou après le 27 septembre 2017.

A/ Pour les produits attachés aux primes versées avant le 27 septembre 2017

2639 Pour les produits attachés aux primes versées avant le 27 septembre 2017, le souscripteur a la possibilité d'opter pour le prélèvement libératoire si toutefois la compagnie est établie dans l'Espace économique européen (EEE), à l'exception du Liechtenstein (1289).

En présence d'un mandat et d'un représentant fiscal désigné par l'assureur étranger, le prélèvement libératoire et les prélèvements sociaux sont réalisés par celui-ci.

En l'absence de mandat fiscal, l'option pour le prélèvement libératoire se fait *via* le recours au formulaire n° 2778, qui doit être déposé dans les quinze jours du mois suivant celui au cours duquel le rachat a été payé, soit à la recette des impôts si c'est le souscripteur qui déclare, soit au centre des impôts des non-résidents si c'est le représentant fiscal de l'assureur qui déclare. Observation étant ici faite qu'à défaut de déclaration dans ce délai, c'est le barème de l'impôt sur le revenu qui trouvera à s'appliquer.

Rappelons que l'abattement annuel de 4 600 € (pour une personne seule) et de 9 200 € (pour un couple) a été étendu par l'article 40 de la loi de finances de 2004 aux contrats souscrits auprès d'entreprises situées dans l'Espace économique européen, également hors Liechtenstein.

Dans le passé, l'État français faisait des distinctions en matière d'imposition à l'occasion des rachats.

Depuis sa condamnation par la Cour de justice des Communautés européennes en 2004, la France applique strictement la même fiscalité aux résidents français détenteurs d'un contrat ouvert à l'étranger que celle applicable à des contrats souscrits auprès de compagnies françaises.

B/ Pour les produits attachés aux primes versées après le 27 septembre 2017

2640 Pour les produits attachés aux primes versées après le 27 septembre 2017, le prélèvement non libératoire sera appliqué.

(1289) BOI-RPPM-RCM-30-10-20-20-201440630.

§ II Contrats souscrits auprès d'une compagnie française, dont le souscripteur sera un non-résident au moment du rachat

2641 Le rachat, sous réserve de l'application des conventions internationales, est soumis ou non aux prélèvements libératoires tel qu'il a été expliqué ci-avant, en fonction des produits attachés aux primes versées avant ou après le 27 septembre 2017.

Il s'agit des mêmes taux que pour les résidents, sans les prélèvements.

Pour les non-résidents, il n'est pas possible d'opter pour le barème progressif de l'impôt sur le revenu et ils ne bénéficient pas des abattements pour les rachats au-delà de huit ans : 4 600 € pour un célibataire et 9 200 € pour un couple.

CHAPITRE II Assurance vie et traitement IFI

2642 En application de l'article 31 de la loi de finances pour 2018 (1290), la valeur de rachat d'un contrat d'assurance est comprise dans l'assiette imposable à l'impôt sur la fortune immobilière (IFI) (1291), à hauteur de la fraction de sa valeur représentative des actifs immobiliers imposables.

Par conséquent, seuls les contrats d'assurance vie en unités de comptes (on exclut les contrats en euros) à hauteur uniquement de leur valeur de rachat représentant des actifs immobiliers taxables (notamment les parts de sociétés civiles de placement immobilier [SCPI]) seront assujettis à L'IFI.

En pratique

Les primes versées après l'âge de soixante-dix ans sur des contrats non rachetables ne sont pas imposables.

– Prudence en présence de contrat d'assurance vie luxembourgeois détenant des titres vifs de société. – En effet, il faut vérifier avec le souscripteur et son comptable que cette société n'est pas devenue entre-temps une société à prépondérance immobilière, car dans ce cas une partie ou la totalité de la valeur de rachat du contrat serait imposable à l'IFI.

– En présence d'un contrat taxable à l'IFI. – Pour les contribuables domiciliés en France, et afin d'éviter une double imposition qui aurait résulté de l'absence d'une convention fiscale, le législateur a prévu à travers le mécanisme de l'article 980 du Code général des impôts la possibilité d'imputation des impôts sur la fortune acquittée à l'étranger à raison des biens situés hors de France. Le montant de l'impôt imputable est limité à cette fraction.

le souscripteur non résident ne pourra éviter une double imposition que s'il existe une convention fiscale entre son pays de résidence et la France, et à défaut seulement si cet État a mis en place un mécanisme de crédit d'impôt.

Pour approfondissement, le lecteur est invité à se reporter *supra*, au n° 2529.

(1290) L. fin 2018, n° 2017-1837, 30 déc. 2017.

(1291) CGI, art. 972 : « La valeur de rachat des contrats d'assurance rachetables et des bons ou contrats de capitalisation exprimés en unités de compte mentionnées au deuxième alinéa de l'article L. 131-1 du Code des assurances est incluse dans le patrimoine du souscripteur à hauteur de la fraction de leur valeur représentative des unités de compte constituées des actifs mentionnés à l'article 965 appréciée dans les conditions prévues au même article 965 et à l'article 972 *bis* ».

SOUS-TITRE II

Fiscalité en cas de décès

Rappel : les contrats d'assurance vie bénéficient en droit fiscal français d'un régime de faveur. **2643**

En fonction de la date de souscription du contrat (avant ou après le 20 novembre 1991) et de la date de versement des primes (avant ou après le 13 octobre 1998), conjuguées à l'âge de l'assuré au moment du versement des primes (avant ou après soixante-dix ans), le capital versé au(x) bénéficiaire(s) sera soumis soit à l'impôt tel que prévu à l'article 757 B du Code général des impôts (qui est un impôt de succession), soit au prélèvement spécial institué par l'article 990 I du même code.

La détermination de la loi fiscale applicable au contrat d'assurance vie suppose de distinguer les deux impôts ci-dessus énumérés.

CHAPITRE I L'impôt prévu par l'article 757 B du Code général des impôts

Les primes versées lors du dénouement d'un contrat d'assurance vie relèvent de la loi fiscale applicable à la succession, c'est-à-dire des règles de territorialité des droits de succession édictées par l'article 750 *ter* du Code général des impôts. **2644**

Il sera donc soumis à l'impôt prévu par l'article 757 B :
- si le souscripteur défunt était domicilié en France au moment de son décès (1292) ;
- à défaut, si le bénéficiaire est domicilié en France (1293) ;
- à défaut, si le contrat est situé en France, c'est-à-dire si le siège social ou l'établissement stable de la compagnie d'assurance est situé en France (1294).

– Dans l'hypothèse où le contrat ferait également l'objet, à l'étranger, d'une taxation aux droits de mutation à titre gratuit. – La double imposition pourra être évitée par le jeu de l'imputation de l'impôt de succession prévu à l'article 784 A du Code général des impôts (l'impôt de l'article 757 B du même code constituant un impôt de succession, la condition d'identité de qualification fiscale est en effet remplie).

De même, en présence d'une convention fiscale visant à éviter les doubles impositions, la qualification successorale de l'impôt de l'article 757 B du Code général des impôts rendra applicable la convention, sous réserve toutefois que le contrat soit situé en France (siège social de la compagnie en France).

À défaut, la qualification de cet impôt appartient à l'État de la source (État du siège de la compagnie).

L'existence d'une convention fiscale a pour effet d'écarter les règles de territorialité édictées par l'article 750 *ter* du Code général des impôts. Cela vaut pour les droits de succession comme pour l'impôt de l'article 757 B.

(1292) CGI, art. 750 *ter*, al. 1.
(1293) CGI, art. 750 *ter*, al. 3.
(1294) CGI, art. 750 *ter*, al. 2.

Focus

La majorité des conventions déroge à la règle du droit français, lesquelles donnent compétence à la loi de l'État du siège de la compagnie d'assurance et réservent le droit de taxer l'assurance vie à l'État de résidence du défunt.

Le contrat d'assurance sera donc soumis à l'impôt de l'article 757 B du Code général des impôts uniquement si le souscripteur défunt était domicilié en France au moment de son décès.

A contrario, c'est-à-dire si le défunt est non-résident, le contrat sera exonéré de taxation en France, nonobstant le fait que le siège de la compagnie soit situé en France.

Le cas échéant, le contrat sera soumis à l'impôt de succession prévu par le droit interne de l'État de la résidence.

À retenir

Quelques rares conventions donnent compétence, à l'instar du droit interne français, à la loi de l'État du débiteur (État du siège de la compagnie). Dans cette hypothèse, le contrat d'assurance sera soumis à l'impôt de l'article 757 B du Code général des impôts uniquement si le siège social de la compagnie d'assurance est situé en France.
Le contrat sera alors exonéré de taxation dans l'État de résidence du défunt.
À l'inverse, c'est-à-dire si le siège de la compagnie est situé à l'étranger, le contrat sera exonéré de taxation en France, quand bien même le défunt serait résident fiscal français.

CHAPITRE II La taxe *sui generis* de l'article 990 I du Code général des impôts

2645 La part revenant à chaque bénéficiaire est exonérée de droit jusqu'à 152 500 €, et au-delà, supporte un prélèvement.

Le prélèvement de 20 % ou 31,25 % constitue une taxation spécifique *sui generis*, et non un droit de mutation à titre gratuit. Cette qualification emporte plusieurs conséquences :

- les indemnités qui y sont soumises ne sont pas comprises dans l'actif successoral taxable. Le prélèvement ne constitue pas une exception au principe selon lequel les sommes versées en exécution d'un contrat d'assurance vie à un bénéficiaire déterminé (ou à ses héritiers) ne font pas partie de la succession de l'assuré ;
- les exonérations prévues en matière de droits de succession ne sont pas applicables. Cette règle a cependant une portée limitée dans la mesure où les exonérations de droits de succession prévues en faveur du conjoint ou partenaire de pacs survivant, des frères et sœurs vivant ensemble et de certains organismes sans but lucratif s'appliquent dans les mêmes conditions au prélèvement (1295) ;
- le taux s'applique indépendamment du lien de parenté entre le bénéficiaire et l'assuré ou le souscripteur.

(1295) CGI, art. 990 I, I, al. 3.

Faute de constituer un impôt de succession, ce prélèvement n'est pas soumis aux règles de territorialité de l'article 750 *ter* du Code général des impôts. Il ne rend pas non plus applicable l'imputation des impôts acquittés hors de France prévue à l'article 784 A et n'entre pas dans le champ d'application des conventions fiscales en la matière.

L'article 990 I du Code général des impôts détermine le champ d'application du prélèvement en fonction : de la date du décès – de la domiciliation fiscale du bénéficiaire – ou de celle de l'assuré.

Ainsi, le bénéficiaire est assujetti au prélèvement dès lors :
- qu'il a, au moment du décès, son domicile fiscal en France au sens de l'article 4 B du Code général des impôts et qu'il l'a eu pendant au moins six années au cours des dix années précédant le décès ;
- ou que l'assuré a, au moment du décès, son domicile fiscal en France au sens du même article 4 B du Code général des impôts (V. *supra*, n° 2445).

Il en résulte que le lieu de résidence du souscripteur au jour de l'adhésion au contrat est sans incidence sur le régime fiscal du contrat d'assurance vie.

Issue de l'article 11 de la loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011, cette disposition est applicable aux sommes, rentes ou valeurs versées à raison des décès intervenus depuis le 31 juillet 2011 (1296).

En conséquence :
- le bénéficiaire qui a, au moment du décès, son domicile fiscal en France au sens de l'article 4 B du Code général des impôts et l'a eu pendant au moins six années au cours des dix années précédant le décès est soumis au prélèvement de l'article 990 I du Code général des impôts ;
- le bénéficiaire qui n'a pas son domicile fiscal en France au moment du décès n'entre donc pas dans le champ d'application du prélèvement de l'article 990 I Code général des impôts ;
- le conjoint bénéficiaire qui n'a pas son domicile fiscal en France au moment du décès n'entre donc pas dans le champ d'application du prélèvement de l'article 990 I Code général des impôts. Précisons que si toutefois il avait son domicile fiscal en France, en vertu des articles 990 I et 796-0 *bis* du Code général des impôts combinés, le conjoint survivant serait exonéré de prélèvement comme de droit de succession en France.

Faute de constituer un impôt de succession, ce prélèvement n'est pas soumis aux règles de territorialité de l'article 750 *ter* du Code général des impôts. Par conséquent, il ne rend pas non plus applicable le crédit d'impôt de l'article 784 A du Code général des impôts et n'entre pas dans le champ d'application des conventions fiscales en matière successorale.

La territorialité de ce prélèvement s'est trouvée radicalement modifiée par la première loi de finances rectificative pour 2011 (1297). Initialement, une instruction fiscale du 30 décembre 1999 était venue compléter le mutisme de l'article 990 I du Code général des impôts, en prévoyant l'application du prélèvement lorsque le souscripteur avait, au moment de la souscription du contrat, son domicile fiscal en France. Désormais, pour les décès intervenus à compter du 31 juillet 2011, le prélèvement s'applique dès lors que le bénéficiaire a, au moment du décès, son domicile fiscal en France au sens de l'article 4 B du Code général des impôts et qu'il l'a eu pendant au moins six années au cours des dix années précédant le décès ou dès lors que l'assuré a, au moment du décès, son domicile fiscal en France au sens du même article 4 B du Code général des impôts.

(1296) Instr. n° 7 G-2-12, 7 mars 2012, n°s 62 à 64 ; BOI-TCAS-AUT-60, n°s 100 et 110, 12 sept. 2012.
(1297) L. fin. rect. n° 2011-900, 29 juill. 2011.

Cet alignement sur les dispositions des paragraphes 1° et 3° de l'article 750 *ter* peut avoir pour effet de soumettre à une double imposition ces bénéficiaires. En effet, dans l'hypothèse où le pays de résidence se reconnaîtrait également compétent, alors le caractère *sui generis* de ce prélèvement exclurait le bénéficiaire de l'application des conventions fiscales puisque celles-ci n'envisagent que le traitement des doubles impositions de succession et de donation.

L'on serait alors dans une **hypothèse catastrophique**. En effet, les droits de succession seraient dus à l'étranger et la taxe *suis generis* de l'article 990 I du Code général des impôts serait prélevée en France.

Il pourrait être reproché à l'assureur de ne pas avoir anticipé cette difficulté.

À retenir

Il est judicieux de préconiser, lors d'un départ hors de France, la clôture des contrats français, et de souscrire éventuellement un autre type de placement qui pourra bénéficier de l'élimination des doubles impositions par le jeu des conventions amenées à s'appliquer.

SOUS-TITRE III

Les enjeux d'une stratégie : clause bénéficiaire démembrée et quasi-usufruit

2646 Le degré de difficulté du règlement d'une succession internationale va se complexifier en présence d'une clause bénéficiaire démembrée. Ces clauses, dans un cadre international, ne doivent être utilisées que si l'on maîtrise en France et à l'étranger parfaitement l'analyse tant civile que fiscale :

- **du point de vue civil :** les notions d'assurance vie, de démembrement et de quasi-usufruit (certains pays ont une notion très éloignée de notre notion de l'assurance vie. Parfois ils ignorent la notion de démembrement et/ou de quasi-usufruit) ;
- **du point de vue fiscal :** les modes de valorisation des différents droits, de leur taxation et également les règles de la déductibilité au passif successoral selon la situation géographique des masses.

Même dans ce cas, il serait dangereux de préconiser une clause démembrée. En effet, le notaire sera dans l'obligation de suivre l'actualité juridique et fiscale de l'ensemble de ces pays, car entre la désignation des bénéficiaires en démembrement et le dénouement du contrat il va peut-être s'écouler de nombreuses années pendant lesquelles la législation va certainement évoluer. C'est une tâche lourde et donc plus dangereuse. De plus, il faudra réétudier l'opportunité de cette clause bénéficiaire à chaque changement de pays du souscripteur ou de l'un des bénéficiaires.

S'il peut paraître judicieux de préconiser une clause bénéficiaire démembrée dans le cadre d'un contrat souscrit en France par un résident, il faudra toutefois interroger préalablement le futur souscripteur sur ses intentions d'expatriation, et alors peut-être s'abstenir.

Si nous avons à régler des successions internationales comprenant cette problématique, étudions le processus à travers un simple cas pratique franco-espagnol.

CHAPITRE I Cas pratique de liquidation d'une succession internationale en présence d'un contrat avec une clause de démembrement

– Exemple : cas pratique franco-espagnol. – M^me^ Mulbois, de nationalité espagnole, domiciliée à Madrid, depuis le 1^er^ octobre 2008, est décédée à l'âge de soixante-dix-sept ans à son domicile au début du mois de décembre 2018. Ensemble avec son époux, ils avaient pris la décision de quitter la France, où ils étaient domiciliés depuis leur mariage en 1967, pour s'établir en Espagne, le pays natal de M^me^ Mulbois. Trois filles sont nées de leur union : – Marion, domiciliée en Argentine – Éléonore, domiciliée en Espagne – Faustine, domiciliée en France depuis sa naissance. Les époux avaient le même âge et n'avaient pas conclu de contrat de mariage. Le patrimoine familial est le suivant : un contrat d'assurance vie souscrit auprès d'Axa par M^me^ Mulbois le 13 septembre 2003, ayant fait l'objet du versement d'une prime unique de 650 000 € à sa souscription, valorisé à 850 000 €, ayant pour bénéficiaires « le conjoint survivant en usufruit, et les enfants, vivants ou représentés, par parts égales, en nue-propriété ». **2647**

– Solution : en Espagne. – Le bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie est taxé au titre de l'impôt sur les successions et donations. L'article 7 de la loi sur l'impôt des successions et donations prévoit pour les contribuables non résidents que les assurances vie ne sont taxées que si le contrat d'assurance vie a été souscrit avec un assureur espagnol ou régularisé en Espagne auprès d'assureurs étrangers. Compte tenu du fait que le contrat a été souscrit en France, auprès d'un assureur français, les contribuables non résidents en Espagne ne seront pas taxés au titre de l'impôt sur les successions et donations. **2648**

En revanche, les contribuables résidents (en l'occurrence, M. Mulbois et Éléonore) sont taxés pour la part qui leur revient de l'assurance vie au titre de l'impôt sur les successions en Espagne.

L'usufruit reçu par le conjoint survivant doit être évalué selon le barème utilisé en Espagne. Or, en Espagne, la valeur fiscale de l'usufruit est égale à 70 %, lorsque l'usufruitier est âgé de moins de vingt ans. Pourcentage ensuite minoré de 1 % pour chaque année de plus, sans pouvoir être inférieur à 10 % (à partir de soixante-dix-neuf ans).

En ce qui concerne M. Mulbois, étant âgé de soixante-dix-sept ans, pour le calcul de la valeur fiscale de son usufruit, le pourcentage retenu sera de 12 % (1298).

En France. – M^me^ Mulboisa souscrit son contrat d'assurance vie en France, alors qu'elle y résidait, le 13 septembre 2003. Elle était âgée de soixante-six ans. Le contrat est donc régi par l'article 990 I du Code général des impôts. En conséquence :

- Faustine, bénéficiaire, a, au moment de l'ouverture de la succession, son domicile fiscal en France au sens de l'article 4 B du Code général des impôts et l'a eu pendant au moins six années au cours des dix années précédant le décès. Elle est donc soumise au prélèvement de l'article 990 I du même code ;
- Éléonore, Marion et M. Mulbois, bénéficiaires, ne sont pas domiciliés fiscalement en France au moment du décès. Ils n'entrent donc pas dans le champ d'application du prélèvement de l'article 990 I du Code général des impôts.

(1298) C. Marti de Anzizu : *Actes prat. strat. patrimoniale* janv. 2015, n° 1, p. 51.

Quand bien même M. Mulbois aurait été domicilié fiscalement en France, en vertu des articles 990 I et 796-0 *bis* du Code général des impôts combinés, il aurait été exonéré en sa qualité de conjoint survivant de prélèvement comme de droit de succession en France.

– Conséquence du démembrement de la clause bénéficiaire. – Le nu-propriétaire et l'usufruitier sont considérés comme bénéficiaires au prorata de la part leur revenant, déterminée selon le barème de l'article 669 du Code général des impôts. L'abattement de 152 500 € est réparti de la même façon. Lorsque l'un des bénéficiaires est exonéré (par ex., le conjoint survivant), la fraction d'abattement non utilisée ne profite pas aux autres bénéficiaires. M. Mulbois étant âgé de soixante-dix ans, son usufruit est retenu pour 30 %.

Le contrat d'assurance vie a été souscrit par Mme Mulbois. Si nous supposons que le montant de la souscription n'a pas été financé avec ses deniers personnels ou encore qu'il a été omis par le souscripteur de déclarer l'origine propre de ses deniers, alors il y aura lieu de calculer une récompense.

Nous savons que lorsque le bénéficiaire du contrat dénoué est le conjoint survivant, il existe une dispense de récompense.

Dans notre cas, les bénéficiaires sont le conjoint survivant et les enfants. La Cour de cassation a confirmé l'existence d'une récompense due par la succession du défunt-souscripteur, à l'occasion d'un contrat d'assurance dénoué au profit des enfants (1299). La récompense est égale au montant des primes proratisées selon les droits revenant aux différents bénéficiaires (1300).

2649 **– En application de la convention franco-espagnole. –** Le contrat d'assurance vie Axa a été souscrit en France avec une compagnie française : le souscripteur d'un contrat d'assurance vie est créancier de la compagnie d'assurance. Cette créance est un bien incorporel. En vertu de l'article 34 de la convention fiscale en matière successorale, elle est taxable en Espagne. Toutefois, le droit fiscal espagnol exonère Marion et Faustine, non résidentes espagnoles compte tenu du fait que le contrat a été souscrit en France, auprès d'un assureur français. M. Mulbois et Éléonore sont taxables, chacun sur la quote-part leur revenant. D'autre part, en France la taxation de l'article 990-I du Code général des impôts ne relève pas de la catégorie des droits de mutation à titre gratuit : elle échappe au champ d'application de la convention du 8 janvier 1963 signée entre la France et l'Espagne en vue d'éviter les doubles impositions en matière de succession.

Le traitement fiscal de ce dossier exposé, interrogeons-nous sur la possibilité et l'intérêt de régulariser une convention de quasi-usufruit.

La créance de restitution est-elle reconnue dans tous les pays, et son mécanisme s'applique-t-il en présence d'un gène international ?

On s'efforcera de répondre à ces nouvelles questions dans le chapitre qui suit.

CHAPITRE II Assurance vie, démembrement, quasi-usufruit et créance de restitution

2650 En matière d'assurance vie, le démembrement peut se retrouver à différentes strates :
- lors de la conclusion du contrat par une souscription en démembrement que nous qualifierons d'*ab initio* ou démembrement « à l'entrée » ;

(1299) Cass. 1re civ., 19 déc. 2012, no 11-21.703.
(1300) 650 000 € × (595 000 € / 850 000 €) = 455 000 €.

- lors du décès du souscripteur, en cas de souscription en pleine propriété et si au décès de ce dernier le contrat ne se trouve pas dénoué (hypothèse où le souscripteur n'aurait pas la qualité d'assuré). À cette occasion, la créance pourrait être transmise en démembrement aux héritiers ;
- enfin le démembrement peut concerner le capital dû lors du dénouement aux bénéficiaires (clause bénéficiaire démembrée). Dans ce cas, le démembrement ne concerne plus le contrat d'assurance mais le capital qui est qualifié de bien incorporel (une somme d'argent). C'est le démembrement « à la sortie ».

Section I La souscription du contrat en démembrement

– Introduction. – La souscription démembrée d'un contrat d'assurance vie se présente souvent suite à la vente d'un actif démembré. Le produit de cession est alors employé dans cette structure juridique pour offrir une double optimisation de la fiscalité des revenus et de la transmission grâce à la clause bénéficiaire. Le souscripteur bénéficie d'un droit de créance contre l'assureur. La doctrine a validé l'usufruit de créance (1301). **2651**

Deux hypothèses : **2652**

§ 1 Décès du souscripteur en usufruit

Cette hypothèse oblige à distinguer si le souscripteur en usufruit est ou non l'assuré. **2653**

A/ Dans l'hypothèse où le souscripteur a cette double qualité de souscripteur et d'assuré

– Civilement. – Le décès de l'assuré, qui est également l'usufruitier, met un terme au contrat. Il va se dénouer au décès de l'usufruitier souscripteur. Attention, car le nu-propriétaire, s'il n'a pas été désigné bénéficiaire, perd son droit au bénéfice d'un tiers (1302). **2654**

– Fiscalement. – Les règles des articles 990 I ou 757 B du Code général des impôts tel qu'expliqué ci-avant ont vocation à s'appliquer sur le capital revenant aux bénéficiaires. **2655**

B/ Dans l'hypothèse où le souscripteur en usufruit n'est pas l'assuré

– Civilement. – Le contrat ne se dénoue pas. Par conséquent, le souscripteur en nue-propriété devient l'unique souscripteur survivant et devient l'unique et plein propriétaire de la créance contre l'assureur. **2656**

– Fiscalement. – En France : en application de l'article 1133 du Code général des impôts, « la réunion de l'usufruit à la nue-propriété ne donne ouverture à aucun impôt ou taxe lorsque cette réunion a lieu par l'expiration du temps fixé pour l'usufruit ou par le décès de l'usufruitier ». **2657**

À l'étranger : la réunion de l'usufruit à la nue-propriété n'est pas exonérée d'imposition dans tous les pays. Les pays anglo-saxons ne connaissent pas la notion de démembrement. Dans certains cas, ils pourraient analyser le démembrement comme étant une indivision et

(1301) B. Delmas et V. Cornilleau, *Pratique du démembrement de propriété*, Litec, 2e éd. 2009, p. 153, § 4.
(1302) Cette option se rencontre très peu en pratique, car en général l'usufruitier est le plus âgé. Attention, car cette option pourrait alors rendre applicable l'article 757 B du Code général des impôts, ce qui serait alors pénalisant.

l'assiette évaluée par les règles matérielles fiscales de leur pays seront retenues, sous réserve que ce capital soit imposable. Dans ce cas, le praticien doit alerter le souscripteur nue-propriété de ce risque potentiel de taxation à l'étranger.

§ II Décès du souscripteur en nue-propriété

2658 Cette hypothèse oblige également à distinguer si le souscripteur nu-propriétaire est ou non l'assuré.

A/ Dans l'hypothèse où le souscripteur a la double qualité de nu-propriétaire et d'assuré

2659 **– Civilement. –** Le contrat se dénouera à son décès.

2660 **– Fiscalement. –** Les règles des articles 990 I ou 757 B du Code général des impôts telles qu'expliquées précédemment ont vocation à s'appliquer sur le capital revenant aux bénéficiaires.

B/ Dans l'hypothèse où le souscripteur n'a pas la double qualité de nu-propriétaire et d'assuré

2661 **– Civilement. –** Le contrat ne se dénouera pas à son décès et les héritiers du souscripteur seront subrogés dans les droits personnels du défunt.

2662 **– Fiscalement. – En France :** les héritiers deviendront redevables des droits de mutation à titre gratuit sur la valeur des droits transmis.

À l'étranger : les héritiers doivent payer les droits selon les règles internes fiscales du ou des pays concernés. Dans cette hypothèse comme dans la première hypothèse précédente, l'élimination éventuelle d'une double imposition sera régie par les règles internes des pays en l'absence de convention ou par les règles conventionnelles. À défaut, nous pourrions être en présence d'une double imposition.

Section II La convention de quasi-usufruit faisant suite au dénouement d'une clause bénéficiaire démembrée

2663 La présente étude se limite au cas du quasi-usufruit lors du dénouement d'un contrat d'assurance vie. Pour simplifier l'analyse, nous considérerons que le bénéficiaire en usufruit est le conjoint survivant et que les bénéficiaires en nue-propriété sont les enfants.

§ I En droit interne

A/ Civilement

2664 Lorsque le décès du souscripteur assuré survient, le contrat se dénoue. Les capitaux reviennent en usufruit au conjoint, et en nue-propriété aux enfants. **Sous réserve que l'usufruitier ait été dispensé de faire emploi des deniers**, cet usufruit se transforme en quasi-usufruit au sens de l'article 587 du Code civil (1303). Il jouira du capital « comme un propriétaire », c'est-à-dire comme s'il avait été désigné « seul bénéficiaire de premier rang ».

(1303) C. civ., art. 587 : « Si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs, l'usufruitier a le droit de s'en servir, mais à la charge de rendre, à la fin de l'usufruit, soit des choses de même quantité et qualité soit leur valeur estimée à la date de la restitution ».

Au décès de l'usufruitier, les enfants sont créanciers de la restitution. À défaut de dispense dans la clause bénéficiaire de faire emploi des deniers, le conjoint n'aura droit qu'aux intérêts de la somme placée.

En droit français, il est judicieux de régulariser une convention de quasi-usufruit lors du dénouement du contrat. Elle facilitera le mécanisme de la créance de restitution au décès du survivant des époux (preuve, indexation et détermination du montant de cette créance) et déterminera les garanties dont les créanciers bénéficieront à l'encontre du quasi-usufruitier et les modalités de la restitution en fin d'usufruit.

Dans la convention de quasi-usufruit, les parties stipulent que l'acte vaut inventaire, conformément aux dispositions des articles 600 du Code civil (1304).

B/ Fiscalement

2665 L'administration fiscale présume fictives les dettes consenties par le défunt au profit de ses héritiers. Le nu-propriétaire est titulaire d'une créance dite « de restitution » à faire valoir dans le patrimoine de l'usufruitier à son décès. Il convient alors de faire la distinction entre les dettes conventionnelles et les dettes d'origine légale.

Pour la dette légale (par ex., le quasi-usufruit qui naît d'une succession), les dispositions de l'article 773-2 du Code général des impôts ne s'appliquent pas. Il ne s'agit pas d'une dette consentie.

Pour les dettes d'origine conventionnelle, les nus-propriétaires devront rapporter la preuve de la réalité et de la sincérité de la dette au moyen d'un acte authentique.

Dans la convention de quasi-usufruit, les parties stipulent que l'acte vaut preuve de la créance conformément aux dispositions de l'article 773, 2° du Code général des impôts (1305).

Le montant de la créance de restitution sera par conséquent déductible de l'actif successoral lors du décès du « quasi-usufruitier », sans contestation possible de la part de l'administration fiscale dès lors qu'une convention de quasi-usufruit authentique aura été régularisée.

La convention de quasi-usufruit permet également de combattre plus facilement **la présomption de propriété de l'article 751 du Code général des impôts** (1306).

(1304) C. civ., art. 600 : « L'usufruitier prend les choses dans l'état où elles sont, mais il ne peut entrer en jouissance qu'après avoir fait dresser, en présence du propriétaire, ou lui dûment appelé, un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit ».

(1305) CGI, art. 773, 2° : « (...) 2° Les dettes consenties par le défunt au profit de ses héritiers ou de personnes interposées. Sont réputées personnes interposées les personnes désignées dans l'article 911, dernier alinéa, du Code civil. Néanmoins, lorsque la dette a été consentie par un acte authentique ou par un acte sous seing privé ayant date certaine avant l'ouverture de la succession autrement que par le décès d'une des parties contractantes, les héritiers, donataires et légataires, et les personnes réputées interposées ont le droit de prouver la sincérité de cette dette et son existence au jour de l'ouverture de la succession ».

(1306) CGI, art. 751 : « Est réputé, au point de vue fiscal, faire partie, jusqu'à preuve contraire, de la succession de l'usufruitier, toute valeur mobilière, tout bien meuble ou immeuble appartenant, pour l'usufruit, au défunt et, pour la nue-propriété, à l'un de ses présomptifs héritiers ou descendants d'eux, même exclu par testament ou à ses donataires ou légataires institués, même par testament postérieur, ou à des personnes interposées, à moins qu'il y ait eu donation régulière et que cette donation, si elle n'est pas constatée dans un contrat de mariage, ait été consentie plus de trois mois avant le décès ou qu'il y ait eu démembrement de propriété effectué à titre gratuit, réalisé plus de trois mois avant le décès, constaté par acte authentique et pour lequel la valeur de la nue-propriété a été déterminée selon le barème prévu à l'article 669. La preuve contraire peut notamment résulter d'une donation des deniers constatée par un acte ayant date certaine, quel qu'en soit l'auteur, en vue de financer, plus de trois mois avant le décès, l'acquisition de tout ou partie de la nue-propriété d'un bien, sous réserve de justifier de l'origine des deniers dans l'acte en constatant l'emploi. Sont réputées personnes interposées les personnes désignées dans l'article 911, deuxième alinéa, du Code civil ».

§ II En droit international

2666 La convention de quasi-usufruit n'est pas une notion utilisée dans les pays de la *common law*. L'intérêt de celle-ci est relative et elle doit être utilisée avec beaucoup de précaution. Son usage ne peut être préconisé que dans le cadre d'un dossier ayant un élément d'extranéité dont les effets du démembrement de la clause bénéficiaire auront une incidence fiscale en France au moment du décès du quasi-usufruitier.

SOUS-TITRE IV

Les obligations fiscales des résidents français et les assurances vie internationales

CHAPITRE UNIQUE Risque de qualification en présomption de revenus, amendes et condamnations pénales

2667 Les règles applicables en cas de défaut de déclaration d'un contrat d'assurance vie souscrit à l'étranger sont alignées sur celles prévues en cas d'absence de déclaration d'un compte bancaire à l'étranger.

Par conséquent, les résidents fiscaux français ont l'obligation de déclarer les références des contrats souscrits hors de France (1307).

La déclaration annuelle de contrats d'assurance vie conclus à l'étranger reste obligatoire pour un résident fiscal français : déclaration n° 2042, case 8TT, détail des contrats sur papier libre. En l'absence de déclaration, le souscripteur peut être redevable d'un impôt, suite au mécanisme de présomption de revenus institué depuis 2012, et d'une amende.

Section I La présomption de revenus

2668 Les versements faits à l'étranger ou en provenance de l'étranger par l'intermédiaire de contrats d'assurance vie qui n'ont pas été déclarés en même temps que la déclaration de revenus constituent, sauf preuve contraire, des revenus imposables. Il s'agit d'une présomption simple. Le redevable pouvant toujours apporter la preuve que ces revenus ne sont pas taxables en France.

(1307) Cf. CGI, art. 1649 AA : « Lorsque des contrats de capitalisation ou des placements de même nature, notamment des contrats d'assurance vie, sont souscrits auprès d'organismes mentionnés au I de l'article 1649 *ter* qui sont établis hors de France, les souscripteurs sont tenus de déclarer, en même temps que leur déclaration de revenus, les références des contrats ou placements concernés, la date d'effet et la durée de ces contrats ou placements, les opérations de remboursement et de versement des primes effectuées au cours de l'année précédente et, le cas échéant, la valeur de rachat ou le montant du capital garanti, y compris sous forme de rente, au 1er janvier de l'année de la déclaration. Les modalités d'application du présent alinéa sont fixées par décret.
Les versements faits à l'étranger ou en provenance de l'étranger par l'intermédiaire de contrats non déclarés dans les conditions prévues au premier alinéa constituent, sauf preuve contraire, des revenus imposables ».

Ces revenus sont soumis à l'impôt sur le revenu au barème progressif. Le montant de l'impôt est assorti d'une majoration de 40 % (1308), ainsi que de l'intérêt de retard (1309).

Ces revenus sont également soumis aux prélèvements sociaux sur les revenus du patrimoine.

Il n'est pas inutile de rappeler que, dans ce cas, les capitaux non déclarés ne bénéficieront plus des éventuelles conventions fiscales évitant la double imposition.

Section II Les amendes

En sus le contribuable sera redevable d'une amende qui pourra être soit forfaitaire, soit proportionnelle. **2669**

L'amende sera forfaitaire si le total de la valeur du ou des contrats est inférieur à 50 000 € au 31 décembre de l'année au titre de laquelle la déclaration devait être faite. Dans ce cas le contribuable sera, à défaut de déclaration, passible d'une amende de 1 500 € par contrat non déclaré (1310). Ce montant est porté à 10 000 € lorsque l'obligation déclarative concerne un État ou territoire qui n'a pas conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales permettant l'accès aux renseignements bancaires.

Attention, le fait de déclarer l'en-cours d'un contrat d'assurance vie dans sa déclaration IFI ne dispense pas le contribuable de la déclaration prévue à l'article 1649 AA du Code général des impôts. À défaut une amende serait due pour chaque contrat et pour chaque année de manquement.

L'amende sera proportionnelle si le total de la valeur du ou des contrats non déclarés est égal ou supérieur à 50 000 €. Dans cette hypothèse, l'amende est portée pour chaque contrat non déclaré à 5 % de la valeur de ce contrat, sans pouvoir être inférieure à 1 500 € (ou 10 000 € lorsqu'il s'agit d'un État non coopératif).

À l'origine forfaitaires ou plafonnées à un montant faible (750 € puis 1 500 €), ces amendes ont été complétées par la première loi de finances rectificative de 2012 (1311) d'un volet proportionnel aux avoirs à compter, pour les contrats d'assurance vie, d'une valeur de 50 000 €, de manière à les rendre plus dissuasives.

Soulevant d'office le moyen tiré de la proportionnalité des peines protégées par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution le volet proportionnel de l'amende sanctionnant le défaut de déclaration des assurances à l'étranger, dès lors qu'elle s'applique même en l'absence de toute fraude et ne sanctionne que la méconnaissance d'une obligation déclarative (1312).

Dans la loi de finances rectificative de 2016, le législateur a réformé le régime des sanctions : désormais, la méconnaissance de l'obligation déclarative est sanctionnée de la seule amende forfaitaire, mais les redressements qui découlent le cas échéant de la réintégration dans les revenus ou le patrimoine imposable des revenus et avoirs conservés dans des véhicules étrangers non déclarés s'accompagnent d'une majoration de 80 % prévue à l'article 1729-0 A du Code général des impôts, étant précisé que l'amende s'impute sur la majoration.

(1308) CGI, art. 1758, al. 1.
(1309) CGI, art. 1727.
(1310) CGI, art. 1766, al. 1.
(1311) L. fin. rect. n° 2012-354, 14 mars 2012, art. 14.
(1312) Cons. const., 22 juill. 2016, n° 2016-554 QPC, *M. Gilbert B.*

TITRE III

Le contrat d'assurance vie luxembourgeois

CHAPITRE I Développement de l'assurance vie luxembourgeoise en France

2670 Ces dernières années, le marché de l'assurance vie au Luxembourg a connu une forte croissance. La France est devenue le premier client des opérateurs vie luxembourgeois depuis 2010 (1313). Elle représentait en 2016 un en-cours de 45,98 milliards d'euros (soit 28,8 % du marché). Elle devance largement la Belgique avec 24,40 milliards, suivie par l'Italie et l'Allemagne avec respectivement 22,12 et 14,96 milliards. Ces contrats d'assurance vie luxembourgeois représentent désormais une part significative de ceux vendus par les banques privées françaises (1314).

Les crises économiques et financières de 2008, puis des dettes des pays européens en 2011, ont créé chez les investisseurs un fort sentiment d'insécurité sur leurs avoirs. La loi française du 9 décembre 2016, dite « loi Sapin 2 » (1315) a accentué cette défiance en mettant en évidence certains risques des assureurs français sur leurs actifs généraux.

Les compagnies d'assurance luxembourgeoises ont profité de ces événements économiques pour valoriser leurs contrats.

Au Luxembourg, l'assurance vie est également un contrat qui repose sur la stipulation pour autrui. Cette fiction juridique est codifiée sous l'article 1121 du Code civil luxembourgeois. Le contrat est donc insaisissable par les créanciers du preneur (1316) : une fois le contrat conclu, les sommes investies appartiennent à la compagnie d'assurance, et le souscripteur n'a plus qu'un droit de créance envers cette dernière. Toutefois, les sommes versées sur le contrat ne doivent pas être manifestement exagérées par rapport aux facultés financières du preneur (1317). À défaut, les primes seraient réintégrées dans son patrimoine et les créanciers retrouveraient leur droit de recouvrement. Le contrat d'assurance vie, lorsqu'il réalise une stipulation pour autrui, à titre gratuit, place donc le capital hors succession d'un point de vue civil luxembourgeois. L'équivalent de l'article L. 132-13 du Code des assurances français concernant la réduction et le rapport en cas de primes « manifestement exagérées » n'existe pas en droit luxembourgeois vis-à-vis de la succession du souscripteur. Le contrat d'assurance vie luxembourgeois, à quelques nuances près, fonctionne donc comme un contrat de droit français.

(1313) Commissariat aux assurances, Rapport annuel 2016-2017, p. 59.
(1314) Depuis la directive 2002/92/CE du 9 décembre 2002 traitant de l'intermédiation en assurance, il est possible aux intermédiaires d'assurance de distribuer leurs produits sur l'ensemble du territoire au départ d'un seul État membre.
(1315) L. nº 2016-1691, 9 déc. 2016.
(1316) Loi luxembourgeoise sur le contrat d'assurance, 27 juill. 1997, art. 123.
(1317) Loi luxembourgeoise sur le contrat d'assurance, 27 juill. 1997, art. 124.

La France étant l'un des principaux pays d'engagement dans la collecte globale luxembourgeoise, il nous a semblé naturel de dédier une étude à ce phénomène et d'analyser les raisons qui motivent ce type de placement.

CHAPITRE II Les caractéristiques des contrats luxembourgeois

Les contrats luxembourgeois bénéficient, en plus de la confidentialité (confidentialité qui, avec la mondialisation des échanges, tend à disparaître), d'une adaptabilité internationale grâce à leur neutralité fiscale, et de modes de gestion financière permettant une grande souplesse d'investissement. **2671**

Section I Confidentialité

Au Luxembourg, le secret professionnel est inscrit dans la Constitution. Il s'applique à tout organisme. **2672**

Cet environnement a apporté pour le Luxembourg un cadre favorable aux banques et aux compagnies d'assurances qui ont pu capter les investisseurs désireux de répartir leurs avoirs. Ces dernières années, sur un plan fiscal, le Luxembourg a démultiplié ses conventions bilatérales en matière de double imposition et a aménagé celles existantes, favorisant ainsi l'échange d'informations fiscales sur demande et répondant donc aux exigences de l'OCDE.

Section II Fiscalité. Non-imposition au Luxembourg

Le souscripteur non-résident luxembourgeois n'est soumis au Luxembourg à aucun impôt. **2673**

Le souscripteur résident fiscal en France est soumis aux impôts et taxes françaises.

De plus, il doit déclarer, à l'occasion de l'établissement de sa déclaration de revenus, les souscriptions, nouveaux versements ou rachats. Les compagnies ont mis en place pour les résidents fiscaux de France des mandats fiscaux pour prélever les impôts à la source. Il est fréquent que les compagnies l'imposent.

Les contrats luxembourgeois sont considérés par certains mieux adaptés que les contrats français pour les souscripteurs non-résidents ou les expatriés. Ils peuvent conférer des avantages pour démontrer que l'on n'est pas résident français (cf. critères de détermination de son pays de résidence fiscale).

Section III La sécurité des actifs

Les compagnies d'assurance luxembourgeoises et les intermédiaires qui les préconisent indiquent que les contrats luxembourgeois apportent au souscripteur une sécurité des actifs supérieure aux compagnies de droit étranger et notamment aux compagnies d'assurance françaises. Qu'en est-il réellement ? **2674**

§ I Comparaison franco-luxembourgeoise

A/ En France

2675 En cas de défaillance d'une compagnie française, les actifs sont liquidés et répartis proportionnellement entre les créanciers. En cas d'insuffisance d'actif, il est prévu l'intervention du Fonds de garantie des assurances de personnes dans la limite de 70 000 € par client et par compagnie (1318).

Pour éviter ce risque aux souscripteurs, on peut souscrire plusieurs « petits » contrats jusqu'à 70 000 € dans différentes compagnies. On bénéficiera en cas de faillite de la compagnie d'une multitude d'indemnisations.

B/ Au Luxembourg

2676 Le Grand-Duché a créé un régime de protection comprenant deux volets. Le premier volet est dénommé « le triangle de sécurité » et le second « la règle du superprivilège » (1319).

I/ Le triangle de sécurité

2677 Il consacre la ségrégation des actifs. Chaque angle du triangle représente : l'assureur, le Commissariat aux assurances (CAA) et une banque dépositaire (1320).

Les actifs des clients doivent être isolés des fonds propres de la compagnie. Pour respecter cet engagement, chaque compagnie signe une convention de dépôt avec un établissement de crédit dénommé « banque dépositaire ». Par conséquent, les actifs des assurés sont séparés de ceux des actionnaires et des créanciers de la compagnie d'assurance. De plus, la banque dépositaire a également l'obligation de séparer les fonds des clients par compte client. Aux termes de ce dépôt, ils ne peuvent plus faire l'objet de nouvelles sûretés réelles.

En cas de défaillance de l'assureur, le Commissariat aux assurances a la possibilité de bloquer ses comptes chez la banque dépositaire, et ce afin de protéger les droits des souscripteurs.

II/ Le superprivilège

2678 Le souscripteur du contrat est créancier privilégié en cas de défaillance de l'assureur. Il s'agit d'un privilège de premier rang, celui de l'État luxembourgeois venant en second rang (alors qu'en France, le souscripteur n'est qu'un créancier chirographaire de second rang). Le souscripteur dispose d'un superprivilège sur le compte de fonds général. Pour garantir ces engagements, la compagnie a l'obligation de déposer sur un compte bancaire au Luxembourg une provision au minimum égale aux provisions mathématiques des positions des clients.

Le superprivilège du souscripteur s'exerce donc sur ces comptes composés de lignes de titres. Ces titres sont hors bilan de la banque. Les créanciers ne peuvent pas y prétendre (*a contrario* des liquidités).

(1318) Ce fonds est alimenté par une cotisation des compagnies d'assurance et peut mobiliser environ 1,5 milliard d'euros en cas de faillite d'un assureur.

(1319) Le triangle de sécurité et le superprivilège sont organisés au travers des articles 37 et 39 de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances, de l'article 15 du règlement Grand-Ducal du 14 décembre 1994 et de la lettre circulaire n° 95/2.

(1320) Le Commissariat aux assurances est l'organe officiel luxembourgeois de surveillance du secteur bancaire.

Précisons que le superprivilège est collectif, c'est-à-dire que le souscripteur est remboursé à due proportion de son droit de créance sur l'assureur, mais après liquidation globale des actifs (de l'ensemble des contrats souscrits par les divers clients) (1321).

D'autre part, le souscripteur peut perdre son droit de créance s'il ne répond pas dans les délais légaux à l'appel à déclaration de créance du liquidateur (formalisme à réaliser au Luxembourg).

§ II Doit-on en conclure que le contrat d'assurance vie luxembourgeois est un produit sans risque ?

2679 Si le risque est limité, il faut l'appréhender au niveau de la banque dépositaire et non plus au niveau de l'assureur. Le risque porte sur les seuls actifs liquides (compte courant, compte à terme, épargne logement...). Il faut préciser qu'il est possible de détenir un compte à terme dans un fonds interne luxembourgeois. Dans ce cas, si la banque fait faillite elle peut entraîner la défaillance de l'assureur. L'analyse du risque passera donc par une étude approfondie des fondamentaux de la banque dépositaire. De plus, l'État luxembourgeois en cas de faillite de l'une de ses banques serait-il disposé à les renflouer, et en cas de réponse positive en aurait-il les moyens ?

En France, les économistes ont mis en évidence un risque de crise systémique qui pourrait être généré par la hausse des taux des obligations d'État couplée aux sorties massives des épargnants du fonds en euros à capital garanti. La loi dite « Sapin 2 », votée à l'Assemblée nationale le 8 novembre 2016 et validée par le Conseil constitutionnel, attribue des pouvoirs étendus au Haut Conseil du secteur financier (HCSF) qui (sur proposition du gouverneur de la Banque de France) peut désormais en partie « retarder ou limiter » les mouvements dans les contrats d'assurance vie français (et non plus « suspendre » comme le stipulait la première version de la loi), qu'ils soient investis en fonds euros ou en unités de compte, en cas de « menace grave et caractérisée » du système financier. L'assurance vie au Luxembourg protège-t-elle les souscripteurs de la loi Sapin 2 ? Les avis sont contrastés. Pour certains, elle serait protectrice. Pour d'autres, la loi Sapin 2 s'appliquerait aux compagnies d'assurance vie étrangères intervenant en libre prestation de services (LPS) en France. Mais, puisque seul le Commissariat aux assurances aurait concrètement le pouvoir de l'appliquer, la seule capacité de rétorsion de la France contre les assureurs luxembourgeois serait de suspendre leur droit de commercialisation en libre prestation de services sur le territoire français (1322).

Section IV Une grande souplesse d'investissement

2680 Le véritable intérêt du contrat luxembourgeois réside dans sa capacité à offrir aux assurés un catalogue de supports d'investissement plus fourni qu'en France. Toutefois, il convient de rappeler que les contrats d'assurance luxembourgeois doivent respecter les dispositions d'ordre public du Code des assurances français.

Le produit phare du Luxembourg est le fonds interne dédié. Il s'agit d'un portefeuille de valeurs mobilières personnalisé géré sous mandat. Certains souscripteurs sont quant à eux

(1321) Pour exemple : liquidation de l'assureur Excell Life le 12 juillet 2012.

(1322) A. Calci : *RFP* juill. 2017, n° 7-8, étude 18 (la loi Sapin 2 ne s'appliquerait au Luxembourg que sur les contrats en fonds euros réassurés).

attirés par les contrats multidevises qui peuvent être alimentés directement avec des actifs. Le Grand-Duché autorise l'apport de titres non cotés (type parts de société à responsabilité limitée ou société civile immobilière).

Les fonds internes dédiés permettent de donner accès à l'investisseur privé « averti » à des actifs financiers sophistiqués dans des proportions importantes au sein du contrat (jusqu'à 100 %).

Il existe quatre types de fonds dédiés, accessibles selon le niveau de fortune mobilière. Pour souscrire un fonds de type A (le plus petit), il faut souscrire un contrat d'au moins 250 000 €.

On peut payer les primes par apport de titres. Toutefois, l'apport est une cession sur le plan fiscal (la banque dépositaire du client est censée émettre un imprimé fiscal unique [IFU]). L'apport sera par conséquent un fait générateur de taxation de la plus-value. L'apport aura l'avantage d'éviter les frais de transaction financière à la vente et à l'achat des titres si le portefeuille est destiné à être conservé au sein du contrat (1323).

De plus, les contrats ont la souplesse de pouvoir être valorisés dans l'une des principales devises du marché, et le virement des primes peut s'effectuer dans toutes grandes devises de l'OCDE. Le souscripteur évite ainsi des frais de courtage et il peut apporter le contrat en garantie d'un prêt bancaire lui-même exprimé dans la même devise.

Conseils en vrac

On peut être interrogé sur l'opportunité de souscrire un contrat luxembourgeois plutôt que français. Il ne sera pas question de conseiller l'investisseur sur les classes d'actifs à « loger » dans le « véhicule assurance ». En effet, seul le souscripteur, aidé de son assureur, doit arbitrer les actifs qui composeront son placement. Le notaire a un rôle à jouer pour conseiller le client sur l'opportunité de souscrire ou non un contrat au Luxembourg. En effet, des arguments de nature fiscale peuvent être avancés, notamment dans les cas suivants :

- risque de requalification article 4 B du Code général des impôts en cas de rachat sur un contrat souscrit auprès d'une compagnie française : dans le cadre d'un départ de France, la personne qui se délocalise devient non-résident. Le non-résident qui détient un contrat souscrit auprès d'un assureur installé en France pourrait voir son statut de non-résident remis en cause sur la base du critère du centre des intérêts économiques. Le risque existe également en cas de rachats réguliers sur un contrat ouvert en France ;
- risque de double imposition d'un rachat une fois devenu non-résident : il existe un risque de double imposition des intérêts dégagés en cas de rachat d'un contrat ouvert auprès d'une compagnie installée en France. Tel est le cas si le non-résident n'est pas soumis aux prélèvements sociaux. Il se verra néanmoins appliquer les prélèvements libératoires sur la quote-part des intérêts au profit de l'État français. Parallèlement, le pays de résidence du souscripteur peut prévoir une fiscalité, celle-ci, selon les pays et les conventions de non-double imposition, pouvant ne pas être éliminée par la convention (cf. cas de la Belgique sur le contrat « branche ») ;
- risque de ne pas pouvoir profiter, au retour en France, de la loi sur les impatriés : avant 2018, le fait d'avoir souscrit son contrat auprès d'une compagnie installée en France, le souscripteur ayant passé au moins cinq années à l'étranger et revenant en France, ne pouvait plus bénéficier de l'exonération d'ISF.

(1323) Dans le passé, la dégradation de la fiscalité du compte titres en France avait motivé la souscription par des résidents de France avec apport de leurs titres sur des contrats luxembourgeois.

TITRE IV

Assurance vie internationale. Actions judiciaires. Conflits de juridictions

En pratique, on ne peut ignorer les difficultés engendrées par l'existence d'une assurance vie dans le cadre du règlement d'une succession. Celle-ci est parfois la structure utilisée pour « cacher des fonds » au profit d'un bénéficiaire. D'autres fois, elle est l'outil choisi pour sanctionner des héritiers. Elle peut également avoir été créée par la volonté du souscripteur de faire échapper une partie des actifs au périmètre de compétence des tribunaux français (1324) par le biais d'une délocalisation ou de la souscription d'un contrat auprès d'une compagnie étrangère. **2681**

Les conseillers patrimoniaux débordent parfois d'imagination. On ne jugera pas du bien-fondé de ces stratégies patrimoniales. Toutefois, on pourra parfois être dubitatif : on peut citer l'exemple réel d'un *de cujus* qui s'était délocalisé à l'étranger et avait souscrit un contrat d'assurance vie d'un montant de 7 000 000 d'euros au Luxembourg au profit de sa nouvelle et jeune femme, alors que ses deux enfants incapables majeurs domiciliés en France et sans revenus avaient vocation à ne rien recevoir. On comprend alors la problématique des assurances dans un cadre international et l'enjeu de cette étude. Il s'agit ici simplement d'ouvrir quelques pistes de réflexion, les avocats et les juges feront le reste.

CHAPITRE I Conflits de juridictions

La notion de conflit de juridictions consiste à savoir comment désigner le tribunal compétent. Or, en dépit de la terminologie, il n'y a pas des règles de conflit de juridictions comme il y a des règles de conflit de lois. **2682**

La règle de conflit de lois va désigner une loi qui pourra être la loi française ou étrangère. La capacité d'une personne est soumise, en droit français, à sa nationalité. C'est une règle de conflit de lois qui désignera comme loi applicable soit la loi française si la personne est française, soit une loi étrangère si la personne est étrangère.

En ce qui concerne la compétence, les règles françaises se contentent de dire si le tribunal français est ou non compétent pour régler telle affaire présentant un élément d'extranéité.

Il n'est pas concevable d'imposer une compétence à un tribunal étranger, alors que l'on admet que le juge français applique une loi étrangère. Il ne s'agit donc pas, en réalité, de règles de conflit de juridictions, mais plutôt de règles matérielles qui permettent de répondre à la question de savoir si un tribunal est compétent ou pas.

Les conflits dits « de juridictions » comportent deux volets : **2683**

- la « compétence directe » des tribunaux français, c'est-à-dire les règles qui permettent de savoir quand un tribunal français peut être saisi ;

(1324) Et ainsi échapper notamment à la règle des primes manifestement exagérées.

– les « compétences indirectes » qui concernent les jugements étrangers et les conditions dans lesquelles ils peuvent être reconnus en France et y produire des effets (1325).

La jurisprudence a énoncé qu'en principe les tribunaux français étaient compétents même pour les litiges entre étrangers (sauf exception à l'égard de certaines personnes étrangères : personnes jouissant d'une immunité).

Le tribunal compétent sera défini par application des compétences territoriales internes. Il suffit d'appliquer les règles du Code de procédure civile. À cette règle il existe toutefois des particularités pour les successions et lorsque la compétence du tribunal français se fonde sur l'ordre public et la protection des personnes.

Ces fondements étant rappelés, quelles seraient les actions judiciaires en France ou à l'étranger que nous pourrions conseiller en présence d'un contrat ayant un gène international ? Étudions les actions judiciaires devant les tribunaux français **(Chapitre II)** et poursuivons avec les actions à l'étranger **(Chapitre III)**, puis dressons, dans un titre V, un tableau comparatif des assurances vie et de leur traitement tant civil que fiscal selon certains pays.

CHAPITRE II Actions judiciaires devant les tribunaux français

2684 En droit français, les tribunaux appliquent en matière d'assurance vie des notions tant législatives (les primes manifestement exagérées, ou les donations déguisées) que jurisprudentielles (la réserve alimentaire).

Section I Primes manifestement exagérées et contrats d'assurance vie souscrits à l'étranger

2685 En droit interne, les stratégies mises en place pour avantager le conjoint survivant, un descendant ou un tiers en cas de décès s'articulent autour des régimes matrimoniaux et des successions, notamment des libéralités.

En droit international privé (DIP), avantager une personne en cas de décès atteint ses limites lorsqu'est envisagé le traitement successoral. En effet en DIP, ce traitement relève de la loi successorale. Or celle-ci couvrant le domaine de la quotité disponible, de la réserve, le rapport et la réduction, il s'ensuit que même consenties dans un cadre international, les libéralités se trouvent enserrées dans le carcan de la loi successorale, avec son arsenal de règles d'ordre public, et sa cohorte de dispositions relatives aux restitutions. Afin d'échapper partiellement à ce carcan, la personne souhaitant avantager au-delà des limites autorisées par la loi française l'un de ses héritiers ou même simplement son conjoint se tourne vers l'assurance vie.

En France, en application de l'article L. 131-12 du Code des assurances, lorsqu'il s'agit d'un contrat avec bénéficiaire désigné, le capital échappe aux règles du rapport et de la réduction. En revanche, il n' en est pas de même pour les primes versées. Elles n'échappent aux règles du rapport et de la réduction que si elles n'ont pas « été manifestement exagérées eu égard aux facultés du souscripteur ». L'article L. 132-13 du Code des assurances introduit une

(1325) Pour approfondissement, F. Monéger, *Droit international privé*, LexisNexis, 6e éd. 2012, p. 177 et s.

limite afin d'éviter l'affectation par l'assuré d'une trop grande partie de son patrimoine. *In fine*, le juge du fond est souverain pour apprécier le caractère manifestement exagéré des primes versées.

En pratique, il devient de plus en plus fréquent de rencontrer des successions comprenant des **contrats d'assurance vie souscrits auprès de compagnies étrangères** (type luxembourgeoise ou suisse). **Peut-on dans ce cas conseiller aux héritiers « désavantagés » d'agir sur le fondement de l'article L. 131-12 du Code des assurances ?** Nous comprenons ici l'enjeu en présence d'enfant.

Pour répondre à cette question, il semble nécessaire de faire une distinction selon le lieu de la résidence habituelle du souscripteur au moment de son décès.

– 1) Si le souscripteur décède en ayant la qualité de résident habituel français. **2686**

– Dans ce cas, la succession du *de cujus* relève des règles civiles de la loi successorale française en application de l'article 21-1 du règlement (UE) n° 650/2012 (sauf cas de l'exception de l'article 21-2). Cela est-il suffisant pour que le juge français puisse être compétent et qu'il rende une décision sur la base de l'article L. 132-13 du Code des assurances ?

- Dans l'hypothèse d'un contrat souscrit auprès d'une compagnie française et soumis à la loi française, une réponse positive peut être apportée.
- Dans l'hypothèse d'un contrat français soumis à une loi étrangère ou d'un contrat souscrit auprès d'une compagnie étrangère et ayant désigné une loi applicable étrangère, la réponse semble moins évidente. Pour certains auteurs (1326), que le contrat ait été conclu avant ou après le 17 décembre 2009, on peut penser que l'article L. 132-13 du Code des assurances répond davantage à une qualification successorale que contractuelle. Si nous retenons cette analyse, une action serait possible, quelle que soit la loi du contrat, dès lors que la loi successorale est la loi française.

En sens inverse, si le juge venait à qualifier l'article L. 132-13 du Code des assurances contractuellement, on ne pourrait l'invoquer alors même que la succession du souscripteur serait réglée en France. Cette solution serait en décalage avec les règles actuellement applicables.

– 2) Si le souscripteur décède en ayant la qualité de non-résident habituel français. **2687**

– Dans ce cas, il faut distinguer deux possibilités :

- la loi successorale est la loi française en application de l'article 21-2 du règlement (UE) n° 650/2012 et l'action semblerait alors possible ainsi que développée précédemment ;
- la loi successorale est une loi étrangère en application de l'article 21-1 dudit règlement : dans ce cas, pour qu'une action puisse être possible, il faudrait considérer que l'article invoqué a le caractère d'une loi de police ou que la notion de prime manifestement exagérée existe dans cet autre pays (tel est le cas de la Belgique).
  À défaut, faut-il considérer que seul le jugement obtenu à l'étranger dans le cadre de l'ordre public international aurait vocation à s'exécuter ?

Il faudrait préalablement pouvoir affirmer que l'article L. 132-13 du Code des assurances relève des lois de police.

On comprend les limites à intenter une action judiciaire en France, en cas de succession régie par une loi étrangère. En effet, quelle serait l'utilité d'obtenir une décision ordonnant la réintégration d'une partie des primes, si les règles successorales du pays compétent pour

(1326) *É. Fongaro, La protection du conjoint survivant en droit international privé. De quelques stratégies de transmission hors libéralités, in Mél. J. Combret, Defrenois, 2017.*

le règlement civil ne connaissent pas le mécanisme de la réserve ? Dans ce cas, il y aurait lieu de s'abstenir car la réintégration ne profiterait pas aux héritiers réservataires.

Par conséquent, une action judiciaire basée sur la théorie des primes manifestement exagérées ne doit être envisagée que si le pays en question prévoit le mécanisme de la réserve héréditaire et que le jugement français a vocation à s'exécuter en vertu des règles de circulation des décisions judiciaires.

Qu'en serait-il de la procédure de requalification en donation déguisée ?

Section II Requalification en donation déguisée ou indirecte d'un contrat d'assurance international

2688 Le principe même de requalification d'une opération d'assurance vie réalisée en France en donation déguisée ou indirecte ne va pas de soi. La jurisprudence est sur ce moyen restrictive. En effet, toute donation suppose, par application de l'article 894 du Code civil, un dépouillement actuel et irrévocable du donateur. La notion de dépouillement irrévocable est peu compatible avec le droit de rachat.

La Cour de cassation (1327) a toutefois admis que cette qualification peut être retenue dès lors que la proximité séparant la souscription du décès du souscripteur assuré rend la faculté de rachat « illusoire ». La jurisprudence est également constante pour requalifier le contrat en donation indirecte ou déguisée en cas de désignation tardive du bénéficiaire (1328).

Dans le cadre d'un contrat d'assurance vie, cette procédure de requalification aura pour effet de réintégrer la somme dans l'actif successoral et d'appliquer le mécanisme du rapport et éventuellement de la réduction. Il n'existe un intérêt que si le souscripteur décède en ayant la qualité de résident habituel français ou si le souscripteur décède dans un pays de droit latin appliquant le jeu de la réserve et de la réduction, sous réserve que l'éventuelle décision judiciaire française qui serait favorable puisse circuler et être appliquée dans cet autre pays.

À cela s'ajoutera le risque que le bénéficiaire dilapide les capitaux entre le versement des fonds et l'aboutissement de la procédure. En pratique, il est très difficile de porter des actions judiciaires sur des contrats d'assurance souscrits à l'étranger. En effet, les moindres sommations ou actes conservatoires sont d'un coût exorbitant. Ces procédures s'accompagnent des services d'avocats spécialisés et donc plus onéreux et nécessitent une avance de trésorerie dont les clients ne disposent pas toujours, perdant alors une chance certaine.

Section III Action judiciaire fondée sur la notion de précarité économique ou de besoin

2689 La Cour de cassation (1329), dans l'affaire *Maurice Jarre*, soulève la notion de précarité économique ou de besoin.

(1327) Cass. ch. mixte, 21 déc. 2007 : *RJF* 1/2008, n° 370.
(1328) Pour approfondissement, F. Fruleux : *JCl. Enregistrement Traité*, V° *Succession*, fasc. 48.
(1329) Cass. 1re civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198.

Dans cette affaire, il a été retenu subsidiairement (1330) le caractère d'ordre public d'une réserve minimale au titre de la réserve alimentaire. Dans ce dossier, le règlement civil de la succession connaissait le principe de la scission, car le règlement européen en matière de succession n'était pas entré en vigueur et le règlement civil de la succession dépendait pour les biens immobiliers situés en France de la loi successorale française.

Rappelons que l'assurance vie a été exclue du champ d'application du règlement européen des successions. Par conséquent, pour pouvoir retenir le principe de la réserve alimentaire dans cette matière, les juges vont devoir s'inspirer de l'arrêt *Jarre* par analogie. Cela reviendra-t-il à écarter la loi applicable, en prétextant qu'elle prive les héritiers de cette réserve minimale ?

En principe une clause attributive de juridiction est indiquée dans le contrat d'assurance vie. On peut alors s'interroger sur l'interférence de ces contrats avec la notion de réserve alimentaire : est-elle d'ordre public international ? Si les tribunaux français confirment l'application de celle-ci vis-à-vis de l'assurance vie, qu'en sera-t-il des pays tiers ?

Supposons que cette réserve minimale au titre de la réserve alimentaire soit confirmée par la jurisprudence et soit étendue aux assurances vie : se posera alors la question de définir cette notion de précarité et de décider s'il est opportun de réintégrer les donations déjà effectuées.

Si cette réserve minimale alimentaire est confirmée par le juge français et est étendue aux capitaux provenant du débouclement d'une assurance vie, alors se posera le besoin de définir économiquement les seuils financiers de cette notion de précarité économique et de besoin. Nous supputons que celle-ci devra être encadrée par le législateur, car elle peut être retenue aussi bien largement que restrictivement. Subsidiairement, faudra-t-il considérer comme opportun de réintégrer les donations déjà effectuées avant de fixer le montant de celles-ci ?

Le juge français devra justifier sa compétence dans le règlement Bruxelles I *bis* (1331).

Section IV Les autres actions

Les héritiers pourraient être tentés d'agir contre le contrat d'assurance vie pour obtenir sa caducité sur d'autres fondements. **2690**

Le non-respect des obligations relatives à l'information précontractuelle et au devoir de conseil de l'assureur serait alors une nouvelle piste. En effet, les héritiers sont soumis à la loi française si le contrat a été souscrit en France.

Les tribunaux, qu'ils soient français ou étrangers, devront annuler le contrat si la loi française applicable n'a pas été respectée.

(1330) Principalement il était question de faire reconnaître que la réserve héréditaire était d'ordre public international.
(1331) Art. 7-1.

CHAPITRE III Actions judiciaires devant les tribunaux étrangers

2691 Toute la difficulté pour l'héritier « désavantagé » est de rechercher auprès des juristes du pays compétent civilement pour le règlement de la succession s'il existe des actions éventuellement ouvertes au regard du droit interne de ce pays.

Ces actions devront être menées par un juriste localement compétent.

En qualité de praticien, on devra expliquer *a minima* aux parties les règles de compétence internationale des juridictions : la répartition est faite par le droit international entre les États. En l'absence de répartition, chaque État détermine unilatéralement les règles de compétence juridictionnelle appliquées par ses propres tribunaux. Dans la pratique, il en résulte que plusieurs États retiennent la compétence de leurs juridictions relativement à un même litige international (conflits positifs) ; plus rarement, il advient qu'un litige puisse ne se trouver soumis à la compétence d'aucun tribunal étatique (conflits négatifs). En cas de conflit positif, il revient aux parties, et plus particulièrement au demandeur, d'opérer un choix entre les différentes juridictions étatiques compétentes, en saisissant l'une d'entre elles. Il peut advenir que les deux parties à un litige saisissent chacune, pour ce même litige, un tribunal étatique différent. Une dualité de décision coexistera dans l'ordre juridique international, ces décisions peuvent donner parfois des réponses contradictoires.

Le système dit « Bruxelles » applicable en matière civile et commerciale, compétent à l'échelle européenne, est censé traiter de cette difficulté en désignant les juridictions compétentes, pour les litiges dont le défendeur est domicilié dans un État membre de l'Union européenne. Pour les actions en justice introduites depuis le 10 janvier 2015, le règlement Bruxelles I *bis* a vocation à s'appliquer (1332). D'autre part, puisqu'il existe un nombre important de contrats d'assurance vie souscrits en Suisse, on se doit de citer également les conventions de Lugano. Ces conventions avaient pour objet d'étendre l'application des règles instituées par les conventions de Bruxelles aux relations entre les pays de la Communauté économique européenne et ceux de l'Association européenne de libre-échange (AELE). Ils sont aujourd'hui au nombre de trois : la Suisse, la Norvège, et l'Islande. Cette convention, qui a été révisée le 30 octobre 2007, est entrée en vigueur dans les relations entre l'Union européenne et la Suisse le 1er janvier 2011. Le praticien devra donc vérifier, en fonction des données spatiales du litige, si celui-ci relève du système « Bruxelles » ou du système « Lugano ».

Le juge français doit appliquer la convention de Lugano si : 1) en matière de compétence exclusive, le chef de compétence est localisé dans l'un de ces trois pays ; 2) en présence d'une clause attributive de juridiction (ce qui est très souvent le cas en matière de contrat d'assurance vie), les juridictions désignées par cette clause sont celles de l'un de ces trois pays ; 3) dans tous les autres cas, le défenseur est domicilié dans l'un de ces trois pays.

(1332) Règl. (UE) nº 1215/2012, 12 déc. 2012.

TITRE V

Traitement civil et fiscal de l'assurance vie dans certains pays étrangers

– Tableau comparatif de traitement de l'assurance-vie selon le droit interne d'autres pays. – Le lecteur devra considérer que ce tableau est ici inséré pour lui donner un panorama du traitement civil et fiscal de l'assurance-vie à l'international. S'agissant de droit comparé il faudra avoir la prudence de faire vérifier par des juristes et fiscalistes des pays concernés les informations qu'il contient, de peur qu'elles s'avèrent rapidement obsolètes ou incomplètes.

Tableau récapitulatif **2692**

Pays	Traitement civil et fiscal
Allemagne	**Civilement :** pour les Allemands, le contrat d'assurance vie est principalement un instrument de prévoyance destiné à la constitution d'une épargne à long terme, en complément des retraites légales. **Fiscalement :** en France, lors du rachat, le souscripteur perçoit une partie ou la totalité du capital versé, augmentée des intérêts et produits capitalisés. Ce principe est inconnu par la législation fiscale allemande. **La fiscalité en cas de décès** Lors du dénouement par décès, les assurances vie suivent un régime *sui generis* et sont considérées comme une donation effectuée au moment du décès. La stipulation dans le contrat prévaut donc au régime successoral. En présence d'un bénéficiaire ayant la qualité de conjoint ou d'enfant, alors l'assurance ne fait pas partie de la succession ; l'époux et les enfants auront un droit direct auprès de la compagnie d'assurance.
Belgique	**Civilement :** une demande en réduction est possible. **Fiscalement :** en Belgique, les contrats d'assurance vie sont divisés en trois différentes « branches » selon la qualité des parties au contrat et selon la composition des supports d'investissements détenus au sein de la police d'assurance : – la notion d'assurances dites de « branche 21 » s'entend des opérations d'assurance sur la vie qui ne sont pas liées à des fonds d'investissement. La compagnie d'assurance supporte le risque de placement des primes versées par le preneur d'assurance et lui garantit un taux d'intérêt technique ; – la notion d'assurances dites de « branche 23 » s'entend des opérations d'assurance sur la vie qui sont liées à des fonds d'investissement (équivalent de nos fonds en unités de compte par exemple). Et ceux de la branche 26 en capitalisation. La difficulté se pose de savoir à quelle branche rattacher un contrat en multisupport comprenant à la fois des fonds euros et des unités de compte, sachant qu'en branche 21 il y a une fiscalité sur les rachats jusqu'au 8e anniversaire, mais aucune fiscalité en branche 23.

Pays	Traitement civil et fiscal
Belgique (suite)	**La fiscalité à l'entrée du contrat** – En Belgique, les opérations d'assurance sont assujetties à une taxe annuelle lorsque le risque se situe sur le territoire du Royaume. Le risque de l'opération d'assurance est réputé se situer en Belgique lorsque le preneur d'assurance y a sa résidence habituelle ou, si le preneur d'assurance est une personne morale, lorsque son établissement se situe en Belgique (1333). Ainsi, toute personne physique (1334) résidente belge souscrivant un contrat d'assurance de type placement (contrat dit de « branche 21 » ou de « branche 23 ») se voit appliquer une taxe de 2 % sur les primes et contributions versées. **L'absence d'impôt sur la fortune** Il n'y a pas d'impôt sur la fortune en Belgique. **La fiscalité des rachats** En cas de rachat, les prestations payées par une compagnie d'assurance peuvent être dans certains cas imposables au titre d'intérêts. Tout dépend de la qualification du contrat en « branche 21 » ou en « branche 23 ». Il conviendra donc d'examiner le libellé de chaque contrat. De manière générale, le contrat d'assurance vie de la « branche 21 » procure un rendement garanti sur les primes versées. Ce n'est que s'il y a un rachat du contrat durant les huit premières années qu'une taxation au titre de revenus de capitaux ou de biens mobiliers sera due. Le taux de taxation applicable est alors de 25 %. Il est prélevé par voie de précompte retenu par une compagnie d'assurance belge lorsque les revenus sont d'origine belge. Si les revenus sont d'origine étrangère, il appartiendra au contribuable de les déclarer dans sa déclaration annuelle à l'impôt des personnes physiques. Il est à noter que le montant imposable obtenu ne peut toutefois jamais être inférieur au montant correspondant à la capitalisation des intérêts, au taux annuel de 4,75 %, calculé sur le montant total des primes versées. En cas de rachat ou de versement du capital au-delà des huit ans, aucune taxation ne sera due. Il en sera de même si le contrat prévoit le paiement au décès d'un capital équivalant à 130 % au moins du total des primes versées. Le contrat d'assurance vie de la « branche 23 » est un contrat dont le rendement est lié à des fonds d'investissement. Il n'y a donc en principe ni garantie de capital ni garantie de rendement. Ces contrats ne subissent aucune fiscalité en cas de rachat, quel qu'en soit le moment. **La fiscalité en cas de décès** Le législateur belge a prévu dans le Code des droits de succession un mécanisme de stipulation pour autrui taxable (1335). Il sera taxable aux droits de succession. En cas d'attribution bénéficiaire prévue en usufruit au nom d'une personne et en nue-propriété au nom d'une autre, chacune de celles-ci sera redevable des droits de succession afférents à ce qu'elle reçoit, sur la base d'un pourcentage calculé sur l'âge. Au décès de l'usufruitier, la pleine propriété sera reconstituée sur la tête du nu-propriétaire sans droits de succession (1336).

(1333) CDTD, art. 175.

(1334) Les personnes morales sont quant à elles soumises à une taxe annuelle sur les primes d'assurance de 4,4 %.

(1335) C. successions belge, art. 8 : « Sont considérées comme recueillies à titre de legs les sommes, rentes ou valeurs qu'une personne est appelée à recevoir à titre gratuit au décès du défunt en vertu d'un contrat renfermant une stipulation à son profit par le défunt ou par un tiers. Sont de même considérées comme recueillies à titre de legs les sommes, rentes ou valeurs qu'une personne a été appelée à recevoir à titre gratuit dans les trois ans précédant le décès du défunt ou qu'elle est appelée à recevoir à titre gratuit à une date postérieure au décès, en vertu d'une stipulation faite à son profit dans un contrat conclu par le défunt. Le présent article est également applicable aux sommes ou valeurs qu'une personne est appelée à recevoir à titre gratuit au décès de celui qui a contracté une assurance sur la vie à ordre ou au porteur (...) ».

(1336) Pour approfondissement, V. Cornilleau, *Le démembrement de propriété appliqué au contrat d'assurance vie : Rev. gén. assur. et responsabilités* 2009, n° 5.

Pays	Traitement civil et fiscal
Espagne	**Fiscalement :** le système de droit fiscal espagnol présente un aspect plurilégistatif, dans la mesure où il y a coexistence de normes fiscales nationales et régionales. L'absence d'harmonisation fiscale entre les différentes régions rend la lecture du système fiscal espagnol particulièrement complexe. **L'imposition des rachats** Seul le rendement réalisé au moment du rachat (ou à l'arrivée du terme) est soumis à un prélèvement forfaitaire de 21 %. En d'autres termes, les arbitrages réalisés à l'intérieur de l'enveloppe d'assurance sont défiscalisés. Ce prélèvement est effectué par la compagnie *via* son représentant fiscal local. À ce prélèvement forfaitaire de 21 % s'ajoute une cotisation de 4 % et/ou 6 % en fonction de la situation fiscale globale du souscripteur en matière de plus-values mobilières et/ou revenus mobiliers. **En cas de décès** Le capital est soumis aux droits de succession. Ces droits varient toutefois en fonction des Communautés autonomes concernées. La Communauté de Madrid apparaît privilégiée puisque les droits de succession y sont quasi inexistants.
États-Unis	**Civilement :** le contrat d'assurance vie au moment du décès du souscripteur échappe à la procédure de *probate*, et les capitaux sont remis directement au(x) bénéficiaire(s). Les assurances vie sont donc classées dans la catégorie des *non-probate assets*. À défaut de bénéficiaire, les capitaux feront partie des biens soumis au *probate*. **Fiscalement :** les contrats d'assurances vie sont intégrés dans l'actif taxable du souscripteur défunt. En pratique, les Américains placent des fonds dans un *trust* dénommé *irrevocable life insurance trust* et la police d'assurance est souscrite par ce dernier, ainsi les capitaux sont détachés du patrimoine du *de cujus*. Ce *trust* est généralement conçu comme un *grantor trust*, de sorte que le constituant est imposé directement sur les revenus de son vivant. Le *trustor* peut céder une police d'assurance à l'ILIT sans que le *trust* ne devienne le redevable de l'impôt sur le revenu. Le process consiste à créer le *trust*. Dans un second temps, il y a une donation annuelle et notification aux bénéficiaires (*crummery letter*), puis paiement des primes par l'ILIT. Au décès du *trustor*, le bénéfice d'assurance vie est payé à l'ILIT, et lorsque le *trust* vient à terme, le bénéfice d'assurance est distribué aux bénéficiaires sans droit de succession ni de donation (1337).
Italie	**Civilement :** faute de prévoir une garantie plancher minimum et obligatoire, un contrat peut être considéré comme caduc (risque élevé en présence d'un client de mauvaise foi et en présence de moins-value) ou être entièrement intégré dans l'actif successoral du souscripteur et soumis aux droits de mutation à titre gratuit. **Fiscalement :** il n'existe pas non plus de taxe à l'entrée sur les primes versées. Cependant, il existe une taxe spécifique au taux de 0,20 % qui s'abat sur les placements financiers détenus à l'étranger, et qui vise aussi les placements détenus sous la forme de contrats d'assurance vie étrangers lorsqu'ils sont investis en unités de compte. **L'imposition des rachats** La partie imposable du rachat est soumise au taux de 20 %, ou 12,5 % sur la partie provenant de *bonds* d'États italiens. L'impôt est directement retenu par la compagnie et est libératoire si la compagnie a fait le choix d'être substitut d'impôt. Dans le cas contraire, les obligations déclaratives et de paiement incombent au souscripteur lui-même. **La fiscalité en cas de décès** En droit italien, le capital-décès est exempt de droits de succession.

(1337) Pour approfondissement, P. Tour-Sarkissian et H. Peise, *Trusts américains et pratique notariale française*, éd. Defrénois, 2013, n^{os} 344 et s.

Pays	Traitement civil et fiscal
Portugal	**Fiscalement :** la taxe à l'entrée – Une charge parafiscale de 0,048 % est prélevée sur les primes versées au contrat et est payée par la compagnie *via* son représentant fiscal sur place. Une taxe de 2 % dite « INEM » est due en outre sur les contrats d'assurance vie pourvus d'une couverture décès spécifique. **L'imposition des rachats** Le Portugal connaît un régime fiscal favorable pour les gains issus des contrats d'assurance vie dépourvus d'une couverture décès spécifique, puisque ceux-ci subissent une imposition privilégiée (en lieu et place du taux de 28 % frappant les rendements de l'épargne en général) de 22,4 % ou 11,2 % selon que les rachats s'effectuent après une période comprise entre cinq et huit ans ou après huit ans. **La fiscalité en cas de décès** Le régime de droit commun s'applique aux prestations issues d'un contrat d'assurance vie dépourvu d'une couverture décès spécifique. En conséquence, les transmissions opérées en faveur du conjoint, des descendants ou des ascendants sont exonérées de droits de succession. Dans les autres cas, les prestations servies font l'objet d'une imposition spécifique au taux de 10 %.
Suisse	**Fiscalement :** le système fiscal suisse tient à la structure fédéraliste du pays. Il en découle que chaque canton a sa propre loi fiscale et impose dans tous les domaines qui ne sont pas expressément réservés à la Confédération. Il en résulte un système fiscal très diversifié, qui nécessite une approche par canton des opérations appréhendées. **La taxe à l'entrée** La Suisse prélève des droits de timbre de 2,5 % sur le versement de primes de certaines assurances vie **L'impôt sur la fortune** La Suisse connaît elle aussi un impôt sur la fortune. Cet impôt est prélevé par les cantons et les communes, non pas par la Confédération. La charge marginale oscille entre environ 0,2 % et 1 % de la fortune nette imposable. À noter que pour les personnes imposées selon la dépense (dit aussi « forfait »), l'accord négocié avec les autorités fiscales suisses tient lieu aussi d'impôt sur la fortune. **La fiscalité des rachats** Les rendements dégagés sur les contrats d'assurance vie de type épargne sont taxés au barème progressif de l'impôt sur les revenus. Les rendements sont toutefois exonérés lorsque le contrat d'assurance est réputé servir à la prévoyance, ce qui est admis lorsque l'assuré a soixante ans révolus lors du versement de la prestation et que le contrat a duré au moins cinq ans. **La fiscalité en cas de décès** La Suisse ne connaît pas d'impôt fédéral sur les successions. En revanche, la quasi-totalité des cantons prélève des impôts sur les successions. Les prestations d'assurance servies en cas de décès n'échappent pas à ce phénomène. À noter toutefois que dans la plupart des cantons, les transmissions au conjoint survivant et aux descendants en ligne directe sont exonérées.

Pays	Traitement civil et fiscal
Royaume-Uni	**Civilement :** les contrats n'existent pas tel que nous le connaissons. La désignation bénéficiaire y est absente. **Fiscalement :** les actifs éligibles sont à analyser au cas par cas, et le contrat ne devra pas être reconnu comme un produit hautement personnalisé ou *personal portfolio bonds*, faute de quoi le souscripteur se verrait imputer un revenu annuel forfaitaire fixé à 15 % sur le montant des primes versées au contrat, indépendamment du rendement réel dégagé par ce dernier (1338). **Fiscalité en cas de décès** L'assujettissement aux droits de succession en Angleterre dépendra de la qualification, ou non, de *domiciled* ou de *deemed domiciled*. Ces particularités entraînent des difficultés dans un contexte international où l'individu conserve des intérêts en France et/ou des héritiers en France. C'est le cas lorsqu'un résident français part vivre au Royaume-Uni et souhaite conserver l'usage de son contrat d'assurance vie. Il n'existe pas de taxe à l'entrée sur les primes versées. **La fiscalité des rachats** Sur la base du droit interne anglais, et sous réserve de la reconnaissance fiscale du contrat d'assurance vie (1339), les revenus (intérêts, dividendes et plus-values) produits par le support seront capitalisés au sein du contrat. En conséquence, le preneur ne subira aucune imposition tant qu'il n'effectue aucun rachat. En cas de rachat, une fiscalité très particulière s'applique. Des retraits partiels (avec rapatriement au Royaume-Uni) sont possibles en neutralité fiscale à concurrence de 5 % par an (reportables en cas de non-utilisation) du montant des primes investies, pendant vingt ans. Le surplus (rachat au-delà des 5 % du capital d'origine investi) est taxé comme un revenu selon le barème en vigueur, qu'il soit rapatrié ou non. Ces 5 %, lorsqu'ils ne sont pas consommés, se reportent sur l'année suivante : ils sont cumulables et reportables, et n'ont pas à être déclarés sur le formulaire d'imposition. Attention, ces 5 % ne sont pas à considérer comme exemptés d'impôt, ils sont ajoutés au montant versé au terme du contrat. Il est possible de bénéficier de ce régime en cumul avec celui de la *remittance basis*. Cependant, même sous le bénéfice de la *remittance basis*, le rachat qui excède les 5 % de la prime (et *a fortiori* en cas de rachat total du contrat) est taxable à l'impôt sur le revenu – mais uniquement sur les revenus du contrat –, que ce rachat soit rapatrié ou non sur le sol anglais. En conséquence, le contrat d'assurance vie permet à un *UK resident* de différer l'imposition, à hauteur de 5 % par an, mais pas d'échapper à l'impôt sur l'accroissement de la valeur de rachat qui interviendra nécessairement dès lors que le preneur reste résident fiscal anglais. En cas de rachat d'un montant supérieur à 5 % de la prime investie, le preneur sera taxé selon le barème de l'impôt sur le revenu. **La fiscalité applicable aux capitaux-décès au dénouement** dépendra du degré de résidence fiscale de l'assuré. Les capitaux-décès ne seront pas soumis aux droits de succession en Angleterre pour ceux qui n'y résident pas depuis plus de dix-sept ans. Pour les autres, les droits de succession deviendront applicables sur une base mondiale. Le contrat d'assurance vie sera alors taxé selon le *UK inheritance tax* au taux de 40 % après un abattement global de 325 000 £. Ces règles sont à nuancer en fonction de la résidence fiscale des bénéficiaires et des conventions fiscales éventuellement applicables.

(1338) *Vincent Cornilleau et François-Xavier Jeanmart, La revue fiscale du patrimoine n°5, 5 mai 2014, étude 13.*

(1339) Le contrat doit remplir certaines conditions, notamment inclure un élément de couverture décès, mais aussi éviter toute requalification en « PPB » ou *Private Portfolio bonds* d'un point de vue fiscal britannique. Ces conditions sont à valider avec la compagnie d'assurance retenue.

VIVRE : La famille dans un contexte international

Présidente :
Valérie MARMEY-RAVAU
Notaire à Lyon

Rapporteur :
Frédéric VARIN
Notaire à Distré

Avec la contribution d'Isabelle FARABOLINI

De façon liminaire, il est important de préciser que les travaux de la troisième commission se sont limités à traiter uniquement des thèmes relatifs au droit de la famille ayant une relation directe avec la pratique notariale. Certaines thématiques ne seront donc pas abordées dans ce rapport.

Le premier rapport qu'aura un individu avec le droit civil concernera la détermination de sa filiation **(Partie I)**, puis ce dernier, à l'occasion d'une relation élégante, pourra envisager de s'unir **(Partie II)**. Hélas, force est de constater que nombre de ces unions se solderont par une séparation **(Partie III)**. Et comme, ainsi que l'enseigne la philosophie, la mort fait partie de la vie, il sera question du règlement de sa succession **(Partie IV)**. Dès lors, ne faudrait-il point anticiper **(Partie V)** ?

PREMIÈRE PARTIE

Établir une filiation

3002 L'enfant, du latin *infans*, celui qui ne parle pas, est défini juridiquement par l'article premier de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 comme étant : « tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable ».

Cette convention, initiée, d'une part, après la Première Guerre mondiale par la Déclaration de Genève du 26 septembre 1924, et, d'autre part, par l'Organisation des Nations unies le 20 novembre 1959 avec l'adoption de la Déclaration des droits de l'enfant, constitue le premier texte international consacrant les droits fondamentaux de l'enfant.

Parmi ces droits, qui consacrent les garanties fondamentales à tout être humain (1), l'enfant se voit également reconnus des droits civils et politiques (2), sociaux et culturels (3), économiques (4), individuels (5) et collectifs (6).

3003 La préservation et l'encadrement juridique de certains de ces droits sont au cœur de la pratique du notariat.

Plus particulièrement, le notaire est régulièrement concerné par la protection des personnes vulnérables, parmi lesquelles figure l'enfant, mais également par l'établissement du lien de filiation qui existe entre des personnes, et ce de façon à leur assurer des droits.

La thématique des personnes vulnérables à été abordée dans les travaux de la deuxième commission.

Celle relative à la responsabilité parentale ne sera pas développée dans ce rapport, car ce sujet ne concerne que peu le notariat.

La troisième commission a choisi d'aborder la thématique de l'enfant dans un contexte international sous l'angle de la filiation, en ce qu'il découle de ce lien juridique pour l'enfant une qualité conférant des droits comme notamment celui de succéder : tout comme en droit français, la filiation peut être biologique, sociologique, ou encore résulter d'une adoption.

On notera que les questions relatives à la filiation en tant que telle interviennent généralement à l'occasion de l'ouverture d'une succession, alors que celles touchant à l'adoption, la PMA et la GPA se posent en matière d'anticipation successorale.

La filiation judiciaire ne sera pas traitée dans le présent titre : en effet, le notaire n'a pas de rôle concret lors de son établissement ; s'agissant de la réception d'un jugement qui aurait établi une filiation à l'étranger et la réception de cette décision en France, ce point a été abordé dans la deuxième commission.

(1) La Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, adoptée par les cinquante-huit États membres de l'ONU, consacre notamment le droit à la vie, le droit à la dignité, le droit au principe de non-discrimination, le droit à la protection de l'intégrité physique et mentale.
(2) Droit à une identité, droit à une nationalité.
(3) Droit à l'éducation.
(4) Droit à un niveau de vie décent.
(5) Droit de vivre avec ses parents, droit à la protection.
(6) Droits des enfants handicapés, droits des enfants réfugiés, droits des enfants issus des minorités.

TITRE I

La filiation

L'établissement de la filiation est un domaine juridique dans lequel il n'existe pas de conventions internationales ni de règlements. Il convient d'appliquer le droit commun. 3004

Il existe quatre modes d'établissement de la filiation biologique. Celle-ci peut être établie par l'effet de la loi, au moyen d'une reconnaissance, par la possession d'état, ou enfin par une action judiciaire. Il ne sera traité dans ce titre que les trois premiers cas, le dernier n'ayant que peu d'intérêt pour la pratique notariale.

SOUS-TITRE I

L'établissement de la filiation par l'effet de la loi

L'établissement de la filiation par l'effet de la loi n'étant pas un sujet au centre de la pratique notariale, seront simplement rappelés dans un premier temps les principes en droit français **(Chapitre I)**, avant que soient développés, dans un second temps, ceux du droit international privé **(Chapitre II)**. 3005

CHAPITRE I Par l'effet de la loi : principes en droit français

Le droit français n'établit pas la filiation avec la mère de la même façon qu'avec le père. Les règles d'établissement de la filiation maternelle sont plus simples à énoncer **(Section I)** ; la filiation paternelle suppose des développements plus complets **(Section II)**. 3006

Section I L'établissement de la filiation maternelle

La filiation maternelle puise son fondement de l'adage *Mater semper certa est*. 3007

Aux termes de l'article 311-25 du Code civil : « La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant ». Est donc présumée être la mère de l'enfant : la femme qui a accouché.

Peu importe que la femme soit mariée ou non (7).

(7) Ainsi qu'il résulte d'un revirement de jurisprudence en date du 14 février 2006 fondé sur les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme : abolissant la différence entre les enfants naturels et légitimes, Cass. 1re civ., 14 févr. 2006, nº 05-13.006 : *Bull. civ.* 2006, I, nº 73, p. 72.

Une femme peut décider d'accoucher sous X, c'est-à-dire refuser que son nom figure dans l'acte de naissance de l'enfant (8). Dans ce cas, cette femme pourrait, le cas échéant, reconnaître son enfant *a posteriori* (9).

Il convient de préciser que cette nouveauté résulte de la loi du 16 janvier 2009, qui a mis un terme à l'impossibilité d'une reconnaissance *a posteriori*.

De plus, l'article 325, alinéa 1er du Code civil prévoit : « À défaut de titre et de possession d'état, la recherche de maternité est admise ».

L'établissement de la filiation maternelle semble donc assez évident. Celui de la filiation paternelle suscite plus de questionnements.

Section II L'établissement de la filiation paternelle

3008 La filiation paternelle s'établit en principe suivant l'adage *Pater is est*.

L'article 312 du Code civil dispose : « L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari ».

L'article 313 du même code précise immédiatement ensuite qu'il s'agit en fait d'une présomption : « La présomption de paternité est écartée lorsque l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père (...) ».

§ I Le domaine de la présomption

3009 Cette présomption concerne le mari de la mère et l'enfant conçu ou né pendant le mariage.

- **Le mari de la mère :** le mari de la mère est présumé être le père de l'enfant. Cette présomption découle d'une obligation de fidélité inhérente à l'institution du mariage (10).
- **L'enfant conçu pendant le mariage :** la présomption joue si l'enfant est né au plus tôt le 180e jour après la célébration du mariage et au plus tard le 300e jour après la dissolution du mariage. L'enfant né pendant le mariage est légalement couvert par cette présomption (11).

L'enfant porté pendant le mariage bénéficie également de cette présomption s'il a été conçu avant la célébration du mariage et/ou s'il est né dans les trois cents jours de la dissolution du celui-ci.

Cependant, cette présomption peut faire l'objet d'exclusions.

§ II L'exclusion de la présomption

3010 Il existe deux cas dans lesquels l'enfant ne bénéficie pas de la présomption de paternité car celle-ci est peu probable.

Premier cas : lorsque l'enfant est conçu pendant une période de séparation judiciaire des époux (12).

(8) C. civ., art. 326.
(9) V. *infra,* n° 3018.
(10) C. civ., art. 212 : « Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance ».
(11) C. civ., art. 311.
(12) C. civ., art. 313.

Dans l'instance de divorce par consentement mutuel, l'enfant ne sera pas couvert par la présomption de paternité s'il naît plus de trois cents jours après la convention homologuant le divorce. Dans le cadre du divorce conventionnel, ce délai de trois cents jours commencera à courir à partir de la signature de l'acte notarié de dépôt de la convention sous signatures privées contresignées par avocats.

Dans les autres types de divorce, lorsque l'enfant naît plus de trois cents jours après l'ordonnance sur tentative de conciliation (OSTC), la présomption de paternité est également écartée.

Second cas : la présomption de paternité ne trouvera pas application en cas de séparation de fait si le nom du mari ne figure pas sur l'acte de naissance de l'enfant. La femme qui accouche n'est en effet pas tenue de donner le nom de son mari. Si elle ne le fait pas ou donne un autre nom, la présomption ne joue pas.

Il convient cependant de signaler que, dans ce cas, le mari pourra reconnaître l'enfant (13).

S'il arrive que la présomption puisse être exclue, elle peut également faire l'objet d'un rétablissement.

§ III Le rétablissement de la présomption (de plein droit ou judiciaire)

3011 Il existe deux façons de rétablir la présomption *Pater is est* : soit de plein droit par application de l'article 314 du Code civil (14), soit par la voie judiciaire prévue par l'article 329 du même code.

Le rétablissement de plein droit de l'article 314 résulte de l'existence d'une possession d'état entre le mari de la mère et l'enfant de celle-ci.

Dans cette hypothèse, le notaire devra dresser un acte de notoriété s'appuyant au besoin sur des témoignages consignés en la forme d'attestations.

Pour que ce rétablissement puisse être mis en jeu, l'enfant ne doit pas avoir d'autre paternité juridiquement établie.

Le rétablissement judiciaire de l'article 329 (15) suppose quant à lui que le mari puisse prouver par tous moyens qu'il est le père biologique de l'enfant. Cette action doit être portée devant le tribunal de grande instance en formation collégiale.

En pratique cette action est très rarement utilisée, car longue et coûteuse... Le notaire pourra donc conseiller au mari, après s'être assuré que l'enfant n'a pas d'autre paternité établie, de privilégier l'établissement de la filiation par simple reconnaissance.

Les principes de l'établissement de la filiation par la loi en droit matériel français rappelés, il convient de s'intéresser à la dimension internationale de ceux-ci.

(13) C. civ., art. 315.

(14) C. civ., art. 314 : « Si elle a été écartée en application de l'article 313, la présomption de paternité se trouve rétablie de plein droit si l'enfant a la possession d'état à l'égard du mari et s'il n'a pas une filiation paternelle déjà établie à l'égard d'un tiers ».

(15) C. civ., art. 329 : « Lorsque la présomption de paternité a été écartée en application de l'article 313, chacun des époux peut demander, durant la minorité de l'enfant, que ses effets soient rétablis en prouvant que le mari est le père. L'action est ouverte à l'enfant pendant les dix années qui suivent sa majorité ».

CHAPITRE II Par l'effet de la loi : principes en droit international privé

3012 Longtemps d'origine prétorienne, le droit international privé de la filiation a été modifié et a fait l'objet d'une consécration législative par la réforme du 3 janvier 1972.

Avant cette réforme, les règles de conflit étaient différentes selon que l'on se trouvait en présence d'une filiation légitime ou d'une filiation naturelle.

La filiation légitime était établie conformément à la loi des effets du mariage des parents de l'enfant. La filiation naturelle relevait de la loi nationale de l'enfant.

La réforme pose le principe d'égalité des filiations. Il convient désormais de s'attacher à l'établissement de la filiation biologique, qu'elle soit légitime ou naturelle.

Les questions de droit international privé se poseront lorsque parents et enfants sont de nationalité différente (dans le cas contraire, il est fait application de règles générales relatives au statut personnel, c'est-à-dire la loi matérielle de la loi nationale commune), ou lorsque la nationalité de l'enfant n'est pas déterminée (celle-ci pouvant dépendre de l'établissement de la filiation).

3013 En la matière, les règles de conflit de lois sont énoncées aux articles 311-14 à 311-18 du Code civil.

Plusieurs méthodes ont été choisies en matière de filiation : le droit international privé français retient trois règles de conflits.

Concernant l'établissement de la filiation par la loi, elle consiste en une règle de conflit savignienne (16) classique, à caractère bilatéral. Cette règle fait état d'éléments de rattachement neutres qui désignent objectivement tant la loi française que la loi étrangère.

L'article 311-14 du Code civil peut être perçu comme la règle « de droit commun » relative à la filiation par le sang.

Ce texte dispose que : « La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant ».

Retenir la loi nationale de la mère permet, dans la majorité des cas, d'appliquer une loi unique, que la filiation soit légitime ou naturelle (on évite ainsi toute discrimination selon que l'enfant est né dans ou hors mariage).

Dans l'hypothèse où la mère a une double nationalité, si parmi ces nationalités se trouve la nationalité française, c'est celle-ci qui prévaudra en France. Si la mère a deux nationalités étrangères, il faudra se référer à la nationalité la plus effective (17).

En présence d'une personne apatride ou réfugiée, il faudra faire application de la loi du pays dans lequel cette personne est domiciliée ou réside. Il est intéressant de noter qu'une telle déduction découle de l'article 12 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (18) ainsi que de l'article 12 de la Convention de New York du 28 septembre 1954 relative au statut des apatrides (19).

(16) Friedrich Karl von Savigny est le créateur de la notion de bilatéralisme.
(17) Sur le rôle de la nationalité en DIP, V. E. Pataut, *La nationalité en déclin*, Odile Jacob, 2014.
(18) *1. Le statut personnel de tout réfugié sera régi par la loi du pays de son domicile ou, à défaut de domicile, par la loi du pays de sa résidence.*
(19) *1. Le statut personnel de tout apatride sera régi par la loi du pays de son domicile ou, à défaut de domicile, par la loi du pays de sa résidence.*

À ce sujet, Mme Mélina Douchy-Oudot précise, fort justement, que « la compatibilité de ce rattachement sexué (la loi nationale de la mère), avec le principe d'égalité ou de non-discrimination n'est pas acquise (...). À l'heure où les mécanismes de contrôle de la conformité des lois se développent, notamment avec la question prioritaire de constitutionnalité, il n'est pas exclu de voir un jour un plaideur, sans doute un homme, remettre en cause ce texte » (20).

Ce texte prévoit un second rattachement, subsidiaire afin de pallier la situation dans laquelle la nationalité de la mère ne serait pas connue (21). Sera alors applicable la loi personnelle de l'enfant (il s'agira ainsi de la loi nationale du père si le lien de filiation est établi envers lui ; de la loi française si l'enfant n'a aucun lien de filiation établi).

Section I Le domaine de la loi applicable

3014 Lors de l'introduction de cet article dans le Code civil, le législateur ne s'est pas prononcé sur le domaine de la loi applicable. En effet, il n'est pas indiqué si la loi matérielle désignée par la règle de conflit s'applique uniquement à l'établissement de la filiation en tant que telle, ou si elle régit également la procédure.

Généralement, les questions de preuve sont liées à la procédure et, comme telles, soumises à la loi du *for*. Mais, en matière de filiation, les règles de fond sont très liées aux questions de preuve. De même les questions de forme et de fond sont très imbriquées.

On peut raisonnablement penser qu'il faut maintenir les solutions antérieures, d'origine jurisprudentielle.

La loi ainsi définie a un domaine d'application très large :
- elle régit tout mode d'établissement de la filiation qui ne fait pas l'objet d'une règle spéciale : elle s'applique notamment aux actions en recherche de paternité et de maternité, à la contestation de la paternité légitime... ;
- elle s'applique également aux règles de preuve ou de procédure qui régissent l'établissement de la filiation : l'objet et la charge de la preuve, les délais et la recevabilité des actions, le jeu de la présomption, l'exigence de l'authenticité pour une reconnaissance volontaire...

La question du domaine de la loi applicable conduit à se poser celles du conflit mobile et du renvoi. Il convient de garder à l'esprit que l'ordre public international peut toutefois apporter des tempéraments à ces règles.

(20) M. Douchy-Oudot, *Les contentieux familiaux, droit interne, international et européen*, LGDJ, 2e éd. 2016, spéc. § 1077, p. 479.

(21) Sur ce point, il faut noter que la Cour de cassation prône une vision large de ce texte en admettant que la loi de la mère pourra s'appliquer quand bien même celle-ci ne serait connue qu'en fait. Cass. 1re civ., 11 juin 1996 : « Attendu, en troisième lieu, que Jeanne-Marie Imhoos était mentionnée dans l'acte de naissance d'Émile Imhoos comme étant sa mère, de sorte que celle-ci, étant ainsi identifiée, était connue au sens de l'art. 311-14 c. civ., ce qui entraînait bien l'application de la loi personnelle de la mère d'Émile Imhoos au jour de la naissance de celui-ci » : *D.* 1997, no 1, p. 3.

Section II Le conflit mobile

3015 Le législateur a, le 3 janvier 1972, réglé la question du conflit mobile directement dans le texte de l'article 311-14 du Code civil. Celui-ci précise en effet qu'il faut se référer « au jour de la naissance de l'enfant ». Il convient cependant de signaler qu'un tel rattachement peut être source de difficultés. Sur ce point, M^me^ Mélina Douchy-Oudot, ci-dessus citée, précise : « En effet, si la mère de l'enfant acquiert la nationalité française postérieurement à la naissance de l'enfant, le juge, ou le ministère public auquel les dossiers de filiation sont communiqués, peut aisément ne pas remarquer l'élément d'extranéité (...) ».

Le juge ou le ministère public risqueront d'appliquer par erreur la loi française en lieu et place de la loi étrangère. Or, dans un tel cas, le « sauvetage » de la décision réalisé par l'application de la loi du *for* ne s'avère pas envisageable, puisque le droit en cause est un droit indisponible.

Section III Le renvoi

3016 Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 3 janvier 1972, le renvoi était très favorablement admis en matière de filiation. Depuis, la question du renvoi est controversée en la matière (22).

Les opinions doctrinales majoritaires considéreraient que le recours au renvoi doit être admis dès lors que celui-ci atténue les effets préjudiciables à l'enfant que pourrait entraîner l'application de la loi personnelle de la mère, et également lorsqu'il est favorable à l'enfant en ce qu'il permettrait l'établissement de sa filiation.

À l'inverse, une partie de la doctrine estime que le renvoi n'a pas lieu de jouer en matière de filiation. Il convient de signaler que cette position semble être celle retenue par la jurisprudence (23).

Section IV L'exception d'ordre public international

3017 L'exception d'ordre public international peut mener à écarter une loi étrangère applicable qui serait contraire à nos conceptions les plus fondamentales. Ainsi, est contraire à l'ordre public international français la loi étrangère qui interdirait à un enfant d'établir sa filiation, si cet enfant est de nationalité française ou réside habituellement sur le territoire français. Il s'agit là d'une mise en application de l'ordre public de proximité (24).

Il convient de noter que la Cour de cassation semble avoir écarté cette exigence de proximité. Par un arrêt du 26 octobre 2011, la première chambre civile évince la loi ivoirienne

(22) Sur ces controverses, V. : J. Foyer, *Rép. dr. int.* Dalloz, V^o^ *Filiation*, spéc. § 357-366.

(23) Par ex. : CA Lyon, 31 oct. 1979 : *Rev. crit. DIP* 1980, p. 558, note B. Ancel ; *JDI* 1981, p. 53, note J. Foyer. – CA Paris, 8 mars 1983 : *Rev. crit. DIP* 1984, p. 290, 2^e^ esp., note J. Foyer. – Cass. 1^re^ civ., 16 juill. 1999 : *JCP* G 2000, II, 10353, note T. Vignal. V. cependant *a contrario*, admettant le renvoi en matière de filiation, TGI Paris, 20 avr. 1982 : *JDI* 1983, p. 583, note J. Derruppé.

(24) Cass. 1^re^ civ., 10 févr. 1993 : *Rev. crit. DIP* 1993, p. 620, note J. Foyer ; *JDI* 1994, p. 124, 1^re^ esp., note I. Barrière-Brousse. -Cass. 1^re^ civ., 10 mai 2006, n^o^ 05-10.299 : *Bull. civ.* 2006, I, n^o^ 226 ; *D.* 2006, p. 2890, G. Kessler et G. Salamé.

interdisant l'action en recherche de paternité, sans référence à un quelconque lien de proximité avec la France (25).

À côté des situations qui viennent ici d'être examinées, où la filiation résulte de la simple application de la loi, le législateur français a permis l'expression d'une démarche volontaire : il s'agit de la reconnaissance.

SOUS-TITRE II

L'établissement de la filiation par la reconnaissance

3018 De la même manière que précédemment, les principes du droit français de la reconnaissance seront brièvement rappelés **(Chapitre I)**, avant que soient développées les questions propres au droit international privé **(Chapitre II)**.

CHAPITRE I La reconnaissance : principes en droit français

3019 À défaut de pouvoir bénéficier d'une filiation établie conformément aux articles 311-25 et 312 du Code civil, l'enfant peut voir celle-ci établie grâce à une démarche volontaire d'un parent, sur le fondement de l'article 316 du Code civil. Mais, à la lecture de cet article, il apparaît vite que cette possibilité n'est offerte que si la filiation n'a pas déjà été établie par tout moyen : « Lorsque la filiation n'est pas établie dans les conditions prévues à la section I du présent chapitre, elle peut l'être par une reconnaissance de paternité ou de maternité, faite avant ou après la naissance. La reconnaissance n'établit la filiation qu'à l'égard de son auteur. Elle est faite dans l'acte de naissance, par acte reçu par l'officier de l'état civil ou par tout autre acte authentique. L'acte comporte les énonciations prévues à l'article 62 et la mention que l'auteur de la reconnaissance a été informé du caractère divisible du lien de filiation ainsi établi ».

Plus qu'une ouverture à un mode alternatif d'établissement de la filiation, il s'agit donc surtout d'un moyen prévu par la loi pour éviter de laisser un enfant sans filiation.

Il faut noter au surplus qu'il est impossible de recourir à la reconnaissance en faveur de l'enfant incestueux (26).

Forts de ce rapide rappel des règles de droit interne, il est maintenant possible d'aborder les enjeux propres au droit international privé.

(25) Cass. 1re civ., 26 oct. 2011 : « Mais attendu qu'ayant, à bon droit, mis en œuvre la loi ivoirienne, désignée par la règle de conflit de l'article 311-14 du Code civil français, qui rattache l'établissement de la filiation à la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant et, ayant relevé que M. A..., étant marié au moment de la naissance de cet enfant, l'action en recherche de paternité était irrecevable en application des articles 22 et 27 du Code de la famille ivoirien, la cour d'appel a exactement décidé que ces dispositions étaient contraires à l'ordre public international français dès lors qu'elles privaient l'enfant de son droit d'établir sa filiation paternelle », *Filiation et ordre public international : vers la consécration d'un droit à la filiation ? : AJF* 2012, n° 1, p. 50, note E. Viganotti ; *JDI* 2012, p. 176, note J. Guillaumé.

(26) C. civ., art. 310-2 : « S'il existe entre les père et mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit ».

CHAPITRE II La reconnaissance : principes en droit international privé

3020 L'article 311-17 du Code civil énonce la règle de conflit de lois. Il précise que : « La reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant ».

Cet article peut être interprété de deux façons :

- **soit il complète l'article 311-14 du Code civil** en offrant d'autres rattachements.
  Ainsi, la reconnaissance volontaire peut être soumise non seulement à la loi nationale de la mère, mais également à la loi nationale de l'auteur de la reconnaissance ou la loi nationale de l'enfant.
  L'article 311-17 offre une chance supplémentaire de valider une reconnaissance qui pourrait être nulle en vertu de la loi désignée par l'article 311-14 ;
- **soit il déroge à l'article 311-14 du Code civil :** il s'agit d'une disposition autonome. Ainsi la reconnaissance volontaire est exclusivement soumise à la loi nationale de l'auteur de la reconnaissance ou à celle de l'enfant. La reconnaissance par le père est impossible lorsque tant la loi nationale du père que celle de l'enfant la prohibent, et ce alors que la loi de la mère l'admettrait.

La doctrine et la jurisprudence n'ont pas tranché la difficulté.

Toutefois, selon Mme Mariel Revillard (27), « il serait raisonnable de retenir que l'article 311-17 est un complément de l'article 311-14 puisque l'on veut favoriser l'établissement de la filiation de l'enfant ».

La règle de l'article 311-17 du Code civil énonce des critères de rattachement alternatifs : deux lois sont susceptibles de régir la situation. Il n'existe pas de hiérarchie entre elles : il est donc possible de choisir la loi qui sera la plus favorable à l'établissement de la filiation. La détermination de la loi applicable se fait au jour où la reconnaissance a été effectuée (28).

Si la loi de l'auteur de la reconnaissance et celle de l'enfant admettent toutes deux la reconnaissance de ce dernier, il sera opportun pour le notaire de préciser dans l'acte de reconnaissance, ou tout au moins au parent sollicitant un conseil sur ce point, de désigner de façon non équivoque la loi selon laquelle est établie la filiation.

En pratique, l'article 311-17 du Code civil peut susciter quelques difficultés.

Ainsi, si la reconnaissance est effectuée selon une loi donnée mais qu'il s'avère que les conditions dont dispose celle-ci n'ont pas été respectées, la reconnaissance est alors théoriquement nulle. Il sera néanmoins possible de procéder au sauvetage de cette reconnaissance, si au regard de la seconde loi les conditions ont été remplies. Cette recherche, dans les lois, des éléments permettant de valider la reconnaissance est donc à privilégier puisqu'elle correspond à l'esprit de la règle de conflit.

De même, si les deux lois permettent l'annulation de la reconnaissance, et ainsi de remettre en cause le lien de filiation, sans doute faut-il faire jouer la loi qui rend le plus difficile cette remise en cause. Cela peut supposer une comparaison des deux lois afin de déterminer laquelle est la plus stricte sur ce point, ce qui ne sera pas aisé en pratique.

(27) *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 9e éd. 2018, p. 374, § 653.
(28) TGI Paris, 1er mars 1977 : *Rev. crit. DIP* 1978, p. 110, note Y. Lequette.

Il est conseillé au notaire saisi d'un tel cas de se faire communiquer le contenu de la loi matérielle étrangère par un professionnel du droit reconnu comme compétent en la matière par les autorités du pays concerné.

Enfin, l'article 311-17 du Code civil peut conduire à des conflits de filiation. Cela correspond à l'hypothèse où un enfant aurait fait l'objet de plusieurs reconnaissances, chacune selon une des lois visées par l'article 311-17. Dans ce cas, le conflit sera résolu par la prise en compte de la filiation qui semble la plus vraisemblable.

La preuve s'établit par tout moyen.

Il convient de noter que la jurisprudence considère que l'article 311-17 du Code civil concerne tant l'établissement de la filiation par la reconnaissance que la contestation de celle-ci.

Lorsqu'elle n'est pas établie par la loi ou par la reconnaissance, la filiation peut encore être établie par la possession d'état.

SOUS-TITRE III

L'établissement de la filiation par la possession d'état

Une nouvelle fois, il convient de se remémorer les principes du droit interne français **(Chapitre I)**, avant d'envisager la présentation des règles de droit international privé **(Chapitre II)**. **3021**

CHAPITRE I La possession d'état : principes en droit français

La possession d'état peut être définie comme étant un tempérament à la vérité biologique, permettant d'établir la filiation fondée sur une vérité sociologique. La possession d'état est le fait d'être traité, de se comporter, de se croire et d'apparaître aux yeux d'autrui comme l'enfant d'un individu. Elle révèle la filiation réellement vécue et, partant du constat que ceux qui agissent réciproquement comme s'ils étaient issus l'un de l'autre le sont souvent en réalité, elle induit l'existence d'un lien de parenté entre les intéressés. **3022**

Tout intéressé (29) peut tenter de faire établir judiciairement une filiation en saisissant le tribunal de grande instance d'une action en constatation de la possession d'état (30). Pour pouvoir être exercée, cette action suppose que l'enfant n'ait aucun lien de filiation légalement établi.

Il faut également qu'aucun acte de notoriété n'ait été délivré par le juge (soit parce qu'il n'a pas été sollicité, soit parce que la demande a été jugée mal fondée). L'existence d'une possession d'état doit être prouvée.

(29) Tant l'enfant que les parents.
(30) C. civ., art. 330.

Le recours à l'expertise biologique est interdit en matière de possession d'état (31).

La preuve de l'existence d'une possession d'état peut donc se faire par tous moyens, sauf au moyen d'une expertise biologique. Cette preuve est souverainement appréciée par les juges du fond.

Cela étant, la Cour de cassation exerce un contrôle de droit et vérifie si les faits retenus par les juges révèlent suffisamment l'existence d'une possession d'état constituée et caractérisée.

Le délai décennal pour exercer cette action court à compter de la date à laquelle la possession d'état a cessé ou à compter du décès du parent prétendu.

La constatation de la possession d'état établit la filiation. S'il y a lieu, le tribunal statue sur l'autorité parentale et le nom de famille.

Il convient de noter qu'en l'absence de contestation, la possession d'état peut être constatée par le biais d'un acte de notoriété dressé par un notaire.

Qu'en est-il de la possession d'état en présence d'un ou plusieurs éléments d'extranéité ?

CHAPITRE II La possession d'état : principes en droit international privé

3023 Si l'article 311-14 du Code civil pose la règle générale concernant la filiation, l'article 311-15 du même code énonce une règle particulière s'agissant de la possession d'état.

Selon ce texte en effet : « [Toutefois], si l'enfant et ses père et mère ou l'un d'eux ont en France leur résidence habituelle, commune ou séparée, la possession d'état produit toutes les conséquences qui en découlent selon la loi française, lors même que les autres éléments de la filiation auraient pu dépendre d'une loi étrangère ».

Il s'agit d'une règle unilatérale, déterminant le champ d'application de la loi française en matière de possession d'état en fonction d'un rattachement territorial (la résidence habituelle). Ce n'est pas une règle de conflit de lois, mais plutôt une règle à caractère matériel. Cette règle traduit l'idée d'une insertion stable des personnes concernées sur le territoire français. L'adverbe « toutefois » implique une lecture de cet article de concert avec l'article précédent (32).

Ainsi, cet article permet l'application de la loi française en matière de possession d'état quelle que soit la loi de la mère, lorsque :
- l'enfant, d'une part ;
- et ses père et mère ou l'un d'eux, d'autre part ;

ont leur résidence habituelle en France.

L'article 311-15 du Code civil joue au seul profit de la loi française.

Le texte signifie que lorsqu'une possession d'état existe au sens de la loi française, celle-ci définit les conséquences qu'il faut y attacher. Mais si cette possession d'état n'existe pas au sens de la loi française, c'est la loi de la mère qui retrouve application.

Certains auteurs ont pu voir dans cette disposition une loi de police, qui aurait donc vocation à intervenir au début du raisonnement conflictuel. On peut cependant objecter que ce texte ne semble pas répondre à la définition des lois de police. En effet une loi de police

(31) Cass. 1re civ., 16 juin 2011, no 08-20.475.
(32) C. civ., art. 311-14.

se définit comme étant une loi « dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique sociale et économique du pays » (33).

Il convient de noter qu'une difficulté peut apparaître quant à la notion de résidence habituelle.

Le professionnel du droit, dont fait partie le notaire, pourrait être tenté d'utiliser l'approche de définition de la résidence habituelle (34) qui se dégage du règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement et du Conseil du 4 juillet 2012, dit règlement « Successions », ce qui constituerait, en fait, une erreur d'analyse. En effet, force est de constater que la Cour de justice de l'Union européenne ne reconnaît pas la possibilité de transposer un concept d'une matière à une autre.

Aux trois modes d'établissement de la filiation qui viennent d'être développés, il peut être ajouté la filiation adoptive qui intéresse plus particulièrement la pratique notariale.

TITRE II

L'adoption internationale

L'adoption au-delà des frontières est un sujet d'actualité de ce début de XXIe siècle. Selon le ministère des Affaires étrangères, 685 adoptions internationales ont été réalisées en France au cours de l'année 2017 (35). **3024**

Ce chiffre est en baisse constante depuis l'année 2010 (36).

Ces baisses consécutives s'expliquent par la suspension des adoptions internationales dans certains pays comme la République du Congo, l'Éthiopie, la Côte d'Ivoire, le Mali, et par la diminution du nombre d'enfants adoptables au Vietnam, en Russie ou encore en Chine.

En 2017, les enfants adoptés sont originaires principalement des cinq pays suivants : tout d'abord le Vietnam, puis la Colombie, Haïti, la Thaïlande et la Côte d'Ivoire.

L'institution de l'adoption fait l'objet d'une grande divergence d'appréhension à travers le monde. En fonction des pays en présence, les conditions de forme et de fond et les effets qu'elle produit varient. Il arrive parfois qu'elle soit même ignorée. Dans un contexte international, ces différences peuvent être génératrices de difficultés.

(33) Définition donnée par le professeur Ph. Francescakis, *Rép. dr. int.* Dalloz, V° *Conflit de lois*, n° 137.

(34) V. *infra*, n° 3407.

(35) Site de l'Agence française de l'adoption (www.agence-adoption.fr), Adoption internationale, les statistiques du ministère des Affaires étrangères.

(36) Sur cette évolution, V. M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 9e éd. 2018, note 67, § 661. »Cette baisse observée dans tous les pays du monde s'explique tout d'abord par la ratification de la convention de La Haye par de nombreux États qui dispose notamment que les enfants doivent être en priorité élevés dans leur famille ou adoptés dans leur propre pays. D'autre part, les efforts effectués dans de nombreux pays en voie de développement pour aider les familles à élever leurs enfants finissent par porter leurs fruits. Enfin ce sont les pays d'origine qui fixent leurs propres critères pour l'adoption et la plupart refusent l'adoption par des personnes homosexuelles et ont tendance à refuser l'adoption par des célibataires.«

3025 Les éléments d'extranéité pouvant venir s'immiscer en matière d'adoption sont ceux touchant à la nationalité de l'adopté ou des adoptants, ou encore au lieu de l'adoption.

Les sources quant à l'adoption internationale sont diverses : plusieurs corps de règles doivent être articulés.

Ceux-ci énoncent différentes règles de conflit de lois. Il convient de distinguer les règles relatives à l'établissement de l'adoption et celles relatives à ses effets. Il sera rappelé, en premier lieu, les diverses sources relatives à l'adoption internationale, pour ensuite analyser le rôle du notaire face à une adoption internationale prononcée tant en France qu'à l'étranger.

SOUS-TITRE I

Les sources applicables en matière d'adoption internationale

3026 Si, pendant longtemps, les règles relatives à l'adoption étaient de source prétorienne, il faut désormais combiner les règles issues du droit interne et les règles d'origine internationale.

Le droit français a longtemps laissé aux magistrats le soin, par l'interprétation qu'ils donnaient de l'article 3, alinéa 3 du Code civil, de régir l'adoption internationale. Le législateur est intervenu en la matière par la loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale (37). L'adoption internationale est désormais régie par les articles 370-3 à 370-5 du Code civil.

En matière d'adoption internationale, les sources peuvent résulter de conventions multilatérales **(Chapitre I)**, de conventions bilatérales **(Chapitre II)** et des règles internes de conflit de lois **(Chapitre III)**.

CHAPITRE I Les conventions multilatérales

3027 Deux conventions multilatérales ont été ratifiées par la France.

Il faut citer tout d'abord la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 : elle insiste sur la nécessité de prévoir des mesures de remplacement pour les mineurs privés de milieu familial au titre desquelles figure l'adoption, qui doit cependant rester une mesure de dernier ressort.

Mais c'est surtout la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale qui pourra trouver application.

(37) Sur laquelle : H. Muir Watt, *La loi nationale comme métaphore : le nouveau régime de l'adoption internationale : JDI* 2001, p. 995 et s. – P. Lagarde, *La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification : Rev. crit. DIP* 2001, p. 275 et s. – F. Monéger, *Le prononcé d'une adoption en France : les nouvelles règles de conflit énoncées par la loi du 6 février 2001 : RID comp.* 2003, p. 819 et s.

Elle est applicable en France depuis le 1er octobre 1998 et est actuellement en vigueur dans quatre-vingt-dix-neuf États contractants (38).

Cette convention met en place un système de coopération entre les États contractants dans le souci de moraliser l'adoption internationale.

Elle ne concerne pas toutes les adoptions présentant un élément d'extranéité : elle s'applique uniquement lorsqu'un enfant réside habituellement dans un État contractant et qu'il a été ou doit être déplacé dans un autre État contractant soit en vue de son adoption, soit après son adoption (Conv. La Haye 29 mai 1993, art. 2).

CHAPITRE II Les conventions bilatérales

Il existe plusieurs conventions bilatérales : **3028**

- la Convention franco-polonaise du 5 avril 1967, relative à la loi applicable, la compétence et l'*exequatur* en matière de droit des personnes et de la famille (39).
  Cette convention contient des règles de conflit de lois et de juridictions en matière d'adoption. En l'absence de règles européennes en matière d'adoption, la convention franco-polonaise est applicable et prime le droit interne ;
- la Convention franco-yougoslave du 18 mai 1971, relative à la loi applicable et la compétence en matière de droit des personnes et de la famille (40).
  Cette convention contient également des règles de conflit de lois et de juridictions en matière d'adoption (art. 13 à 16). À la suite de l'éclatement de la Yougoslavie, elle est applicable désormais avec la Slovénie, la Serbie, le Monténégro, la Bosnie-Herzégovine, le Kosovo (41) ;
- la Convention franco-vietnamienne du 1er février 2000, relative à la coopération en matière d'adoption d'enfants. Elle s'applique lorsqu'un enfant ressortissant de l'un des deux États contractants et résidant sur le territoire de cet État doit être adopté par une personne ou deux époux résidant habituellement sur le territoire de l'autre État contractant.
  La Pologne, la Slovénie et le Vietnam ont par ailleurs ratifié la Convention de La Haye de 1993 en matière d'adoption internationale. Les conventions bilatérales restent toutefois applicables ainsi que le prévoit l'article 39 (42).

(38) Sur la liste des États contractants, V. M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 9e éd. 2018, p. 426, § 751 auquel il y a lieu d'ajouter le Bénin depuis le 28 juin 2018.

(39) Aux termes de l'article 12 : « 1. Les conditions et les effets de l'adoption sont fixés par la loi de la Haute Partie contractante sur le territoire de laquelle sont domiciliés l'adopté et l'adoptant ou les époux adoptants. 2. Si l'adoptant ou les époux adoptants sont domiciliés sur le territoire de l'une des Hautes parties contractantes et l'adopté sur le territoire de l'autre, les conditions et les effets de l'adoption sont régis par la loi de la Haute Partie contractante dont l'adopté a la nationalité. 3. Les formes de l'adoption sont soumises à la loi de la Haute Partie contractante sur le territoire de laquelle l'adoption a lieu ».

(40) L'article 13 de cette convention dispose : « 1. Les conditions de l'adoption d'un enfant mineur exigées de l'adoptant et de l'adopté sont régies par leurs lois nationales respectives. En outre, il doit être satisfait aux conditions établies par l'une et l'autre lois lorsqu'elles les concernent tous les deux. 2. Lorsque l'adoption est demandée par deux époux, les conditions exigées des adoptants sont régies par les lois prévues à l'article 5 de la présente convention ».

(41) Mais elle ne lie pas la France avec la Croatie et la Macédoine.

(42) Art. 39, al. 1 : « La Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels des États contractants sont Parties et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention, à moins qu'une déclaration contraire ne soit faite par les États liés par de tels instruments ».

– Le traité de coopération franco-russe du 18 novembre 2011, publié par décret du 16 janvier 2014, organise la coopération entre les deux États en matière d'adoption de manière sécurisée et apporte des précisions quant aux effets de l'adoption plénière en droit français.

CHAPITRE III Les règles de conflit de lois en matière d'adoption

3029 En 1972, si le législateur a introduit des règles de conflit de lois en matière de filiation, il n'y a pas inclus la filiation adoptive. La jurisprudence s'est donc développée et la Cour de cassation, en 1984 (43), a précisé que les conditions et effets de l'adoption devaient être régis par la loi nationale de l'adoptant, la loi de l'enfant devant seulement déterminer les conditions du consentement ou de la représentation de l'adopté.

3030 La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale a introduit dans le Code civil les articles 370-3 à 370-5.

L'article 370-3 introduit deux règles de conflit de lois, ainsi qu'une règle matérielle dans trois alinéas :

– « Les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant ou, en cas d'adoption par deux époux, par la loi qui régit les effets de leur union. L'adoption ne peut toutefois être prononcée si la loi nationale de l'un et l'autre époux la prohibe ».
Les conditions de l'adoption continuent donc d'être régies par la loi nationale de l'adoptant, ce qui entraîne l'interdiction d'adopter pour des personnes dont la loi nationale prohibe cette institution. Cette solution est conforme à la jurisprudence antérieure ;

– « L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France ».
Le texte affirme l'interdiction d'adopter un mineur étranger dont la loi personnelle ne reconnaît pas cette institution. Toutefois, cette interdiction ne touche pas les majeurs ainsi que les mineurs qui présentent un lien particulièrement fort avec la France, c'est-à-dire l'enfant né et résidant habituellement en France ;

– « Quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant. Le consentement doit être libre, obtenu sans aucune contrepartie, après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier, s'il est donné en vue d'une adoption plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant ».
Ce dernier alinéa est inspiré de la jurisprudence antérieure et de l'article 4 de la Convention de La Haye sur l'adoption internationale.

(43) Cass. 1re civ., 7 nov. 1984, nº 83-12.897, *Torlet : GAJFDIP* 2006, nº 67.

SOUS-TITRE II

Le notaire et l'adoption prononcée en France

Le notaire peut être amené à conseiller ses clients lors de l'adoption d'un enfant étranger en France. Il doit alors les renseigner sur les différentes phases de l'adoption **(Chapitre I)** et sur ses conditions de fond **(Chapitre II)** afin de les aider à voir aboutir leur projet. **3031**

CHAPITRE I Les différentes phases de l'adoption

Si des personnes souhaitent adopter en France, il sera mis en œuvre la procédure d'adoption française. Pour autant, en présence d'éléments d'extranéité, la loi applicable au fond pourra être une loi étrangère. **3032**

Il faut distinguer la phase administrative et la phase judiciaire de l'adoption en France. En outre, la procédure est sujette à variation en fonction de l'État dont est originaire l'enfant. Précisément, il existe des différences selon que l'État d'origine de l'enfant visé par la procédure d'adoption est ou non partie à la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.

– La phase administrative de l'adoption en France. – Il y a lieu de saisir le service de l'aide sociale à l'enfance (44) du lieu où réside le ou les adoptants. **3033**

Ce service statue sur la demande d'agrément qui lui est soumise, ce que le tribunal devra vérifier par la suite. L'article 353-1 du Code civil dispose en effet que : « Dans le cas d'adoption d'un pupille de l'État, d'un enfant remis à un organisme autorisé pour l'adoption ou d'un enfant étranger qui n'est pas l'enfant du conjoint de l'adoptant, le tribunal vérifie avant de prononcer l'adoption que le ou les requérants ont obtenu l'agrément pour adopter ou en étaient dispensés ».

– La phase administrative et la Convention de La Haye du 29 mai 1993. – Si l'enfant est originaire d'un État partie à la Convention de La Haye de 1993, l'agrément, une fois obtenu, doit être transmis à l'autorité centrale mise en place dans cet État. La mise en place d'une autorité centrale est prévue à l'article 6 de la convention (45). **3034**

L'article 15 de la convention dispose que : « 1. Si l'Autorité centrale de l'État d'accueil considère que les requérants sont qualifiés et aptes à adopter, elle établit un rapport contenant des renseignements sur leur identité, leur capacité légale et leur aptitude à adopter, leur situation personnelle, familiale et médicale, leur milieu social, les motifs qui les animent, leur aptitude à assumer une adoption internationale, ainsi que sur les enfants

(44) www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1383

(45) Selon ce texte : « 1. Chaque État contractant désigne une Autorité centrale chargée de satisfaire aux obligations qui lui sont imposées par la Convention. 2. Un État fédéral, un État dans lequel plusieurs systèmes de droit sont en vigueur ou un État ayant des unités territoriales autonomes est libre de désigner plus d'une Autorité centrale et de spécifier l'étendue territoriale ou personnelle de leurs fonctions. L'État qui fait usage de cette faculté désigne l'Autorité centrale à laquelle toute communication peut être adressée en vue de sa transmission à l'Autorité centrale compétente au sein de cet État ».

qu'ils seraient aptes à prendre en charge. 2. Elle transmet le rapport à l'Autorité centrale de l'État d'origine ».

Les autorités compétentes de l'État d'origine effectuent alors un certain nombre de vérifications prévues à l'article 4 (46).

Puis, aux termes de l'article 16 de ce même texte, l'autorité centrale du pays d'origine de l'enfant établit un rapport au sujet de l'enfant, rapport transmis à l'autorité centrale française (47).

Si les deux États concernés s'accordent pour que la procédure d'adoption se poursuive, l'enfant pourra être confié aux parents adoptifs et la phase judiciaire pourra alors être enclenchée (48).

3035 – La phase judiciaire de l'adoption. – Afin que l'adoption soit prononcée, il est nécessaire de saisir le juge français au moyen d'un recours gracieux (49). Est territorialement compétent, selon l'article 1166 du Code de procédure civile, le juge du tribunal de grande instance « du lieu où demeure le requérant lorsque celui-ci demeure en France (...) du lieu où demeure la personne dont l'adoption est demandée lorsque le requérant demeure à l'étranger ; – le tribunal choisi en France par le requérant lorsque celui-ci et la personne dont l'adoption est demandée demeurent à l'étranger ». Il faut toutefois préciser que le dernier

(46) Selon ce texte : « Les adoptions visées par la Convention ne peuvent avoir lieu que si les autorités compétentes de l'État d'origine : *a)* ont établi que l'enfant est adoptable ; *b)* ont constaté, après avoir dûment examiné les possibilités de placement de l'enfant dans son État d'origine, qu'une adoption internationale répond à l'intérêt supérieur de l'enfant ; *c)* se sont assurées 1) que les personnes, institutions et autorités dont le consentement est requis pour l'adoption ont été entourées des conseils nécessaires et dûment informées sur les conséquences de leur consentement, en particulier sur le maintien ou la rupture, en raison d'une adoption, des liens de droit entre l'enfant et sa famille d'origine, 2) que celles-ci ont donné librement leur consentement dans les formes légales requises, et que ce consentement a été donné ou constaté par écrit, 3) que les consentements n'ont pas été obtenus moyennant paiement ou contrepartie d'aucune sorte et qu'ils n'ont pas été retirés, et 4) que le consentement de la mère, s'il est requis, n'a été donné qu'après la naissance de l'enfant ; et *d)* se sont assurées, eu égard à l'âge et à la maturité de l'enfant, 1) que celui-ci a été entouré de conseils et dûment informé sur les conséquences de l'adoption et de son consentement à l'adoption, si celui-ci est requis, 2) que les souhaits et avis de l'enfant ont été pris en considération, 3) que le consentement de l'enfant à l'adoption, lorsqu'il est requis, a été donné librement, dans les formes légales requises, et que son consentement a été donné ou constaté par écrit, et 4) que ce consentement n'a pas été obtenu moyennant paiement ou contrepartie d'aucune sorte ».

(47) Art. 16 : « 1. Si l'Autorité centrale de l'État d'origine considère que l'enfant est adoptable, *a)* elle établit un rapport contenant des renseignements sur l'identité de l'enfant, son adaptabilité, son milieu social, son évolution personnelle et familiale, son passé médical et celui de sa famille, ainsi que sur ses besoins particuliers ; *b)* elle tient dûment compte des conditions d'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse et culturelle ; *c)* elle s'assure que les consentements visés à l'article 4 ont été obtenus ; et *d)* elle constate, en se fondant notamment sur les rapports concernant l'enfant et les futurs parents adoptifs, que le placement envisagé est dans l'intérêt supérieur de l'enfant. 2. Elle transmet à l'Autorité centrale de l'État d'accueil son rapport sur l'enfant, la preuve des consentements requis et les motifs de son constat sur le placement, en veillant à ne pas révéler l'identité de la mère et du père, si, dans l'État d'origine, cette identité ne peut pas être divulguée ».

(48) Art. 17 : « Toute décision de confier un enfant à des futurs parents adoptifs ne peut être prise dans l'État d'origine que *a)* si l'Autorité centrale de cet État s'est assurée de l'accord des futurs parents adoptifs ; *b)* si l'Autorité centrale de l'État d'accueil a approuvé cette décision, lorsque la loi de cet État ou l'Autorité centrale de l'État d'origine le requiert ; *c)* si les Autorités centrales des deux États ont accepté que la procédure en vue de l'adoption se poursuive ; et *d)* s'il a été constaté conformément à l'article 5 que les futurs parents adoptifs sont qualifiés et aptes à adopter et que l'enfant est ou sera autorisé à entrer et à séjourner de façon permanente dans l'État d'accueil ».

(49) CPC, art. 1167.

alinéa de l'article 1166 du Code de procédure civile doit être lu de concert avec l'article 14 du Code civil qui fonde un privilège de juridiction (50).

En réalité, si les deux premières hypothèses énoncées ne permettent pas de fonder la compétence d'un tribunal, « le juge français ne sera compétent que sur la base de l'article 14 du Code civil, si le requérant est de nationalité française » (51), car, comme cela a pu être justement écrit : « Lu isolément, le troisième tiret de l'art. 1166 donnerait à penser que la compétence française en matière d'adoption est universelle. L'aberration d'une telle solution démontre que le texte doit se lire combiné avec l'art. 14 » (52).

Le juge compétent devra alors vérifier si les conditions de fond de l'adoption sont réunies. Pour cela, il devra rechercher la loi applicable.

CHAPITRE II Les conditions de fond de l'adoption

3036 Les conditions de fond pour une adoption internationale devront être vérifiées par le notaire afin d'examiner la faisabilité du projet.

La loi du 6 février 2001 a fixé des règles de conflit de lois contenues dans les articles 370-3 et 370-4 du Code civil.

L'article 370-3 du Code civil (53), applicable à défaut de convention bilatérale contenant une règle de conflit de lois, distingue les conditions relatives à l'adoptant **(Section I)**, celles concernant l'adopté **(Section II)**, et celles tenant au consentement du représentant légal **(Section III)**.

Section I Les conditions relatives à l'adoptant

3037 S'agissant des conditions de fond de l'adoption, l'article 370-3, alinéa 1er du Code civil (54) prévoit deux facteurs de rattachement : loi nationale de l'adoptant ou loi des effets du mariage.

Lorsqu'une personne seule souhaite procéder à une adoption, il sera fait application de sa loi nationale.

(50) Art. 14 : « L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français ».

(51) Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 10e éd. 2013, spéc. § 544, p. 523-524.

(52) *Ibid.*, spéc. § 544, p. 524, no 1.

(53) C. civ., art. 370-3 : « Les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant ou, en cas d'adoption par deux époux, par la loi qui régit les effets de leur union. L'adoption ne peut toutefois être prononcée si la loi nationale de l'un et l'autre époux la prohibe. L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France. Quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant. Le consentement doit être libre, obtenu sans aucune contrepartie, après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier, s'il est donné en vue d'une adoption plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant ».

(54) Qui reprend la solution de l'arrêt *Torlet* (Cass. 1re civ., 7 nov. 1984 : *GAJFDIP* 2006, no 67).

Lorsqu'un couple marié souhaite adopter, sera applicable « la loi qui régit les effets de leur union ». Dès lors, il convient de se référer à la jurisprudence *Rivière* (55), précisant que la loi applicable aux effets du mariage est :
- la loi de la nationalité commune des époux ou ;
- à défaut de nationalité commune, la loi du domicile commun.

L'article 370-3 du Code civil tempère toutefois la désignation de la loi des effets du mariage dans l'hypothèse où la loi nationale des époux prohiberait l'adoption.

En effet, « l'adoption ne peut toutefois être prononcée si la loi nationale de l'un et l'autre époux la prohibe ».

De nombreuses législations, en majorité des pays de droit musulman, interdisent l'adoption. C'est notamment le cas des législations marocaine et algérienne.

Ainsi, deux époux de nationalité marocaine ne peuvent adopter, quand bien même ils seraient domiciliés sur le territoire français.

En revanche, lorsque la loi d'un seul des époux est prohibitive, l'adoption pourra être prononcée. Ainsi, un couple dont l'un des époux est de nationalité française, l'autre de nationalité marocaine pourra adopter si sa résidence est en France.

3038 Une fois la loi ainsi désignée, il y a lieu de vérifier si celle-ci n'est pas susceptible d'être évincée par le *for* (juge français) au nom d'une contrariété à l'ordre public international. En la matière, l'exception d'ordre public est limitée par la rédaction même de l'article 370-3 du Code civil qui prévoit que si la loi de l'un des adoptants prohibe l'adoption, celle-ci ne peut être prononcée. L'exception d'ordre public ne saurait donc être invoquée sur ce point.

De même, cette exception ne saurait être invoquée lorsque, dans le but de protéger l'enfant, la loi étrangère applicable énoncerait des conditions plus strictes que la loi française ou lorsque la loi étrangère ne connaît pas l'une des formes admises par la loi française (56).

Outre l'exception d'ordre public, il convient de vérifier l'application de la fraude à la loi.

Celle-ci devrait trouver peu d'application en pratique. Il pourrait être imaginé le cas d'une personne ou d'époux dont la loi applicable en matière d'adoption poserait des conditions strictes (notamment des conditions d'âge) et qui choisiraient artificiellement un autre rattachement afin de se soumettre à une loi plus favorable.

3039 Certaines législations, qui admettent l'adoption, prohibent celles de majeurs (57).

Ainsi, en droit français, est souvent pratiquée l'adoption simple de l'enfant mineur ou majeur par le second époux d'un de ses parents. Celle-ci ne pourra pas avoir lieu pour adopter un majeur si l'adoptant est de nationalité britannique ou portugaise par exemple, ces deux pays ne connaissant pas l'adoption de majeurs.

(55) Cass. civ., 17 avr. 1953, *Rivière* : « Attendu, en l'espèce, que les époux Petrov-Roumiantzeff, ayant une nationalité différente, mais étant domiciliés l'un et l'autre en Équateur, c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé que leur divorce était régi par la loi du domicile qui se trouvait, au surplus, être identique à la loi personnelle du mari et à la loi du for ».

(56) Ainsi n'est pas contraire à l'ordre public international français la loi étrangère refusant l'adoption plénière. Cette solution résulte du célèbre arrêt *Pistre* : Cass. 1re civ., 31 janv. 1990 : *GAJFDIP* 1990, no 68 : « Ne sont pas contraires à la conception française de l'ordre public international français, ni aux dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 [*JO* 4 mai 1974] ou à celles du Pacte international des Nations unies relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 [*JO* 1er févr. 1981], les dispositions de la loi brésilienne qui prohibent l'adoption d'un enfant en sa forme plénière par un étranger ne résidant pas au Brésil ».

(57) Pour la liste, V. M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 9e éd. 2018, § 663.

Adoption simple de l'enfant majeur de son conjoint

Une personne de nationalité britannique souhaite adopter l'enfant de son conjoint de nationalité française et britannique. « L'enfant » est majeur et de nationalité britannique.
Analyse juridique :
- loi applicable : loi de l'adoptant (58), c'est-à-dire la loi anglaise ;
- la loi anglaise interdit l'adoption des majeurs et ne connaît pas l'adoption simple.

L'adoption ne pourra donc pas être réalisée.
Si l'adoptant possédait la double nationalité française et britannique, l'adoption pourrait être réalisée en vertu de la loi française, la nationalité (britannique) de l'adopté n'ayant pas d'incidence.

Section II Les conditions relatives à l'adopté

3040 L'alinéa 2 de l'article 370-3 du Code civil concerne la prohibition de l'adoption par la loi nationale de l'adopté mineur. Cette interdiction est assortie d'une exception. Ainsi, lorsque l'enfant est né en France et réside sur le territoire national, en raison de liens l'y rattachant (ce qui conduira cet enfant à obtenir la nationalité française dans le futur), l'adoption sera alors possible.

Il existe de nombreuses législations interdisant l'adoption. La Cour de cassation a rappelé plusieurs fois l'interdiction d'adopter en France des mineurs de statut personnel prohibitif (59).

Dans le même ordre d'idées, l'enfant recueilli en *kafala* (60) peut par la suite être valablement adopté s'il a acquis la nationalité française (61). L'approche française relative à la *kafala* a d'ailleurs été validée par la Cour européenne des droits de l'homme (62).

En pratique, les notaires devront, le cas échéant, avertir leur client de l'impossibilité d'adopter un enfant dont la loi personnelle prohibe l'adoption sauf si cet enfant est né et réside en France.

L'enfant recueilli par *kafala* ne doit pas être considéré comme un « enfant » en droit français, en ce sens notamment qu'il n'a aucune vocation successorale, cette institution n'étant pas assimilée à une adoption. Si une vocation héréditaire est souhaitée, il y aura lieu

(58) C. civ., art. 370-3.
(59) Cass. 1re civ., 10 oct. 2006, nº 06-15.261, et Cass. 1re civ., 28 janv. 2009, nº 08-10.034.
(60) La *kafala* a suscité une abondante jurisprudence. Ainsi, la Cour de cassation refuse d'assimiler la *kafala* à l'adoption simple. Il en résulte que si l'enfant recueilli n'acquiert pas la nationalité française et ne réside pas en France, il ne peut être adopté. En ce sens : Cass. 1re civ., 10 oct. 2006 (M. Farge, *Pas de passerelle entre la kafala et l'adoption : JCP* G 2007, nº 18, II, 10072). – Cass. 1re civ., 9 juill. 2008. – Cass. 1re civ., 28 janv. 2009 nº 08-10.034 : *JCP* G 2009, nº 9, IV, 1348. – Cass. 1re civ., 25 févr. 2009, nº 08.11033 (M. Farge, *La Cour de cassation refuse d'atténuer la conception abstraite de l'intérêt de l'enfant retenue par le législateur : Dr. famille* 2009, nº 6, comm. 82. – A. Gouttenoire, *Les enfants interdits d'adoption : la Cour de cassation refuse le recours aux droits fondamentaux : JCP* G 2009, nº 18, II, 10072). – Cass. 1re civ., 15 déc. 2010 : *JDI* 2011, nº 3, 10, note C. Chalas. La Cour de cassation a permis, dans des conditions très limitées, que l'enfant recueilli par acte de *kafala* et devenu Français, puisse faire l'objet d'une adoption (Cass. 1re civ., 4 déc. 2013 : *AJF* 2014, p. 180, note A. Boiché).
(61) Sur ce point, V. Circ. 22 oct. 2014, relative aux effets juridiques du recueil légal en France. V. aussi récemment la question posée au garde des Sceaux concernant la situation des enfants recueillis en *kafala* (refus d'adoption) : www.senat.fr/questions/base/2014/qSEQ14020716S.html.
(62) CEDH, 4 oct. 2012, req. nº 43631/09, *Harroudj* c/ *France*.

de « convertir » cette *kafala* en adoption, ce qui sera possible si l'enfant est de nationalité française.

« Adopter » un enfant marocain ?

Un couple de binationaux français et marocain vivant en France souhaite adopter un enfant marocain. L'enfant a été abandonné à sa naissance et vit dans une institution au Maroc. Quel conseil leur donner ?
Le notaire devra informer tout d'abord les clients de l'impossibilité d'adopter dans l'immédiat l'enfant en raison de sa loi nationale prohibitive.
Il pourra être conseillé la procédure suivante :
- solliciter au Maroc une *kafala* dans le respect des conditions posées par le droit marocain ;
- déposer une demande de visa long séjour afin que l'enfant rejoigne les titulaires de l'autorité parentale en France ;
- après trois ans de résidence en France auprès de ses parents recueillants, il pourra être demandé pour l'enfant la nationalité française par déclaration auprès du tribunal d'instance (63) ;
- une fois Français, l'enfant devient alors adoptable dans le respect des conditions fixées par la loi française (64).

Section III Le consentement du représentant légal

3041 En droit français, l'adoption d'un majeur ne requiert que son propre consentement tandis que l'adoption d'un mineur requiert le consentement du représentant légal de l'enfant (ainsi que le consentement personnel du mineur si celui-ci a plus de treize ans).

La Convention de La Haye du 29 mai 1993 prévoit un mécanisme de contrôle du ou des consentements requis qui s'appuie sur les autorités centrales.

Pour déterminer les exigences relatives au consentement dans le cadre d'une adoption internationale, il convient de distinguer :
- les adoptions qui relèvent de la convention du 29 mai 1993 ou d'une autre convention **(§ I)** ;
- et celles qui en sont exclues **(§ II)**.

§ I Adoptions soumises à la convention du 29 mai 1993

3042 Il ne sera étudié que l'application de la convention de 1993. Si des conventions bilatérales (65) ont vocation à s'appliquer, il conviendra de s'y reporter.

La convention du 29 mai 1993 a pour objectif de moraliser les adoptions internationales et d'empêcher l'enlèvement, la vente ou le trafic d'enfants.

Elle met en place une procédure de coopération entre autorités centrales qui repose essentiellement sur des obligations mises à la charge de l'autorité centrale de l'État d'origine de l'enfant.

(63) C. civ., art. 21-12, al. 3 : « Peut, dans les mêmes conditions, réclamer la nationalité française : 1° L'enfant qui, depuis au moins trois années, est recueilli sur décision de justice et élevé par une personne de nationalité française ou est confié au service de l'aide sociale à l'enfance ».
(64) V. Circ. 22 oct. 2014, relative aux effets juridiques de la *kafala* : « 3.1 L'adoptabilité de l'enfant en vertu de l'application de la loi française. Dès lors qu'il est de nationalité française, l'enfant recueilli par "kafala" est adoptable au regard du droit français ».
(65) V. *supra*, n° 3028.

En application de l'article 4 de la convention de 1993, une adoption internationale ne peut avoir lieu que si :
- les personnes, institutions et autorités dont le consentement est requis pour l'adoption ont été entourées des conseils nécessaires et dûment informées des conséquences de leur consentement, en particulier sur le maintien ou la rupture des liens de droit entre l'enfant et sa famille d'origine ;
- le consentement a été donné librement et par écrit ;
- le consentement n'a pas été obtenu moyennant paiement ou contrepartie et n'a pas été retiré ;
- le consentement de la mère a été donné après la naissance de l'enfant.

Par ailleurs, l'État d'origine doit avoir, eu égard à l'âge et au degré de maturité de l'enfant :
- entouré l'enfant de conseils et l'avoir informé sur les conséquences de son consentement lorsqu'il est requis ;
- pris en compte les souhaits et avis de l'enfant.

Le consentement de l'enfant, lorsqu'il est requis, doit être libre et donné par écrit et ne doit pas avoir été obtenu moyennant paiement ou contrepartie d'aucune sorte.

Si l'autorité centrale de l'État d'origine considère que l'enfant est adoptable, elle doit transmettre à l'autorité centrale de l'État d'accueil un rapport sur l'enfant et la preuve des consentements requis (66).

§ II Adoptions non soumises à la convention du 29 mai 1993

Lorsque le consentement du représentant légal est recueilli dans un pays non signataire de **3043**
la convention de La Haye, le contrôle du consentement à l'adoption donné à l'étranger doit être plus rigoureux, puisqu'il n'y a pas de coopération entre autorités centrales.

Dans ce cas, les juges français doivent contrôler que le consentement donné à l'étranger l'a été dans des conditions conformes à l'ordre public français, ce qui n'est pas toujours aisé.

Il est fait application de l'article 370-3, alinéa 3 du Code civil inspiré de l'article 4 de la convention de La Haye susvisé qui précise : « Quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant. Le consentement doit être libre, obtenu sans aucune contrepartie, après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier, s'il est donné en vue d'une adoption plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant ».

La personne habilitée à donner son consentement ainsi que la forme de ce consentement est définie d'après la loi de l'État d'origine de l'enfant, en matière de représentation.

Il convient de noter que l'article 384-5 du Code civil (67), qui exige la remise de l'enfant de moins de deux ans au service social de l'enfance lorsqu'il n'existe pas de lien de parenté ou d'alliance, n'est pas applicable lorsque l'adoption est prononcée à l'étranger même lorsque l'adoptant est français (68).

(66) Conv. La Haye 29 mai 1993, art. 16.2.

(67) C. civ., art. 384-5 : « Sauf le cas où il existe un lien de parenté ou d'alliance jusqu'au sixième degré inclus entre l'adoptant et l'adopté, le consentement à l'adoption des enfants de moins de deux ans n'est valable que si l'enfant a été effectivement remis au service de l'aide sociale à l'enfance ou à un organisme autorisé pour l'adoption ».

(68) V. M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 9e éd. 2018, p. 392, § 681.

Adoption internationale : les consentements à obtenir

Deux époux de nationalité norvégienne résident en France. L'un des époux a un enfant de quatorze ans issu d'une première union, qui réside en France avec eux. Son conjoint souhaite l'adopter. Le père biologique de l'enfant réside en Norvège. Quelles seront les étapes du raisonnement à suivre ?

1. Non-application de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 : il n'y a pas déplacement du mineur qui réside déjà en France.
2. Article 370- 3 du Code civil : il y a lieu d'appliquer la loi nationale de l'adoptant donc la loi norvégienne.
3. Recherche dans le droit matériel norvégien :
   - l'adoption est valable si elle est prononcée dans le pays de résidence de l'adoptant ;
   - l'adoption ne doit pas être contraire à l'ordre public norvégien ;
   - l'adoption de l'enfant du conjoint est permise ;
   - le consentement de la ou des personnes exerçant l'autorité parentale est requis ;
   - le mineur de plus de douze ans doit consentir à son adoption ;
   - l'adoption simple n'est pas connue, mais l'adoption plénière de l'enfant du conjoint ne fait pas cesser les liens avec son parent biologique, époux de l'adoptant.
4. Il y aura donc lieu de solliciter le prononcé d'une adoption plénière en recueillant :
   - le consentement de l'enfant mineur par acte notarié français ;
   - le consentement du père biologique au moyen d'un acte établi par un avocat local spécialisé en matière d'adoption et signé en présence d'un *Notarius publicus* norvégien ;
   - le consentement de la mère de l'adopté, épouse de l'adoptant.

SOUS-TITRE III

Le notaire et l'adoption prononcée à l'étranger

3044 La diminution du nombre d'enfants adoptables conduit de nombreux Français à adopter des enfants étrangers. Dans ces cas, il arrive qu'un jugement soit rendu en leur faveur dans le pays d'origine de l'enfant. Face à un tel jugement, le notaire devra être à même de vérifier sa portée **(Chapitre I)** et de déterminer ses conséquences en France **(Chapitre II)**.

CHAPITRE I Accueil du jugement d'adoption prononcé à l'étranger

3045 Les États sont libres d'autoriser ou non l'adoption et, le cas échéant, d'en organiser les modalités. Il s'ensuit que les procédures d'adoption peuvent grandement diverger d'un État à un autre.

Aussi, lorsqu'une ou des personnes de nationalité française souhaitent adopter un enfant à l'étranger, elles seront bien soumises à la procédure telle qu'elle est édictée dans ce pays. Il est donc nécessaire de se référer aux lois de l'État d'origine de l'enfant afin de savoir comment procéder.

Évidemment, si l'État d'origine est lié par la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, les étapes prévues par ce texte devront être respectées (69).

Une fois l'adoption valablement prononcée à l'étranger, encore faut-il qu'elle puisse produire effet en France.

La difficulté se situera le plus souvent au niveau de la qualification de l'adoption : plénière ou simple. Lorsque l'adoption est prononcée dans un État partie à la Convention de La Haye du 29 mai 1993, le jugement sera en principe explicite sur ce point. Lorsque le jugement d'adoption est rendu dans un État tiers, il sera fait application du droit interne et l'analyse sera souvent plus complexe.

Section I Adoption prononcée dans un État partie à la Convention de La Haye du 29 mai 1993

Les conventions bilatérales ou multilatérales applicables doivent être examinées en priorité pour connaître le statut à accorder au jugement rendu à l'étranger en matière d'adoption. **3046**

Il ne sera envisagé dans le présent paragraphe que l'application de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 : celle-ci prévoit un chapitre V relatif à la reconnaissance et aux effets de l'adoption.

Les décisions d'adoption sont reconnues de plein droit dans les autres États contractants à condition d'avoir été certifiées conformes à la convention par l'autorité compétente de l'État contractant où elles ont été rendues (70).

La reconnaissance de l'adoption ne peut être refusée qu'en cas de contrariété à l'ordre public, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant (71).

En France, c'est la Mission pour l'adoption internationale (MAI) en lien avec l'Agence française de l'adoption (AFA) au sein du ministère de l'Europe et des Affaires étrangères qui est l'autorité compétente pour délivrer ce certificat.

Quels sont les effets matériels en France de l'adoption prononcée à l'étranger ?

L'article 26.1 de la convention du 29 mai 1993 fixe les effets de l'adoption dans les autres États contractants. Elle emporte reconnaissance :
- du lien de filiation entre l'enfant et ses parents adoptifs ;
- de la responsabilité parentale des parents adoptifs à l'égard de l'enfant ;
- de la rupture du lien de filiation préexistant entre l'enfant, sa mère et son père, si l'adoption produit cet effet dans l'État où elle a eu lieu.

L'article 26.2 de la convention impose de reconnaître les effets de l'adoption plénière dans l'État d'accueil et dans les autres États contractants si l'adoption a cet effet dans l'État où l'adoption a eu lieu.

L'article 27 de la convention permet de convertir une adoption simple en adoption plénière si le droit de l'État d'accueil le permet et si les consentements requis ont été donnés en vue d'une telle adoption.

(69) Sur lesquelles, V. *supra* , nº 3042.

(70) Conv. La Haye 29 mai 1993, art. 23, § 1 : « [u]ne adoption certifiée conforme à la Convention par l'autorité compétente de l'État contractant où elle a eu lieu est reconnue de plein droit dans les autres États contractants. Le certificat indique quand et par qui les acceptations visées à l'article 17, lettre c), ont été données ».

(71) Conv. La Haye 29 mai 1993, art. 24 : « La reconnaissance d'une adoption ne peut être refusée dans un État contractant que si l'adoption est **manifestement** contraire à son ordre public, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant ».

Reconnaissance d'un jugement étranger

Un couple de Français adopte un enfant à Madagascar (État partie à la Convention de La Haye du 29 mai 1993). L'adoption est certifiée conforme à la Convention de La Haye de 1993 par les autorités malgaches. Or, sa transcription est refusée par le procureur de la République de Nantes au motif que le consentement n'a pas été donné par la mère biologique de l'enfant, mais par son grand-père désigné subrogé tuteur par un tribunal malgache. Que faire pour obtenir cette transcription ?
– La décision étrangère d'adoption a bénéficié d'un certificat délivré après accord des autorités française et malgache : elle bénéficie donc de la reconnaissance de plein droit en application de la convention de 1993.
– La reconnaissance ne peut être refusée que pour contrariété à l'ordre public.
– Le grand-père avait été désigné comme subrogé tuteur par le tribunal malgache. C'est donc son consentement qui était requis au sens de l'article 4 de la convention, et non celui de la mère biologique.
– Les parents adoptifs peuvent donc exercer un recours devant le tribunal de grande instance de Nantes aux fins de transcription.

Section II Adoption prononcée dans un État tiers

3047 Selon une jurisprudence traditionnelle, les jugements d'adoption prononcés à l'étranger, en tant que jugements rendus en matière d'état des personnes, ont effet en France de plein droit sans *exequatur*, tant que leur régularité internationale n'est pas contestée devant un tribunal français.

Toutefois, la décision étrangère ne peut pas avoir une portée plus large que celle résultant de la loi étrangère appliquée.

Ainsi, il y a lieu de vérifier si le jugement étranger a prononcé une adoption qui peut être assimilée à une adoption plénière.

C'est l'article 370-5 du Code civil (72) qui prévoit les effets des décisions étrangères d'adoption en France.

Selon cet article, la décision étrangère peut-être qualifiée d'adoption plénière si elle rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant.

Elle est qualifiée d'adoption simple dans les autres cas.

C'est non l'adoption elle-même qui doit être irrévocable dans le pays d'origine, mais la rupture du lien de filiation.

En raison de la très grande variété des législations étrangères, des difficultés d'interprétation peuvent naître quant à la législation applicable à la portée du consentement donné à l'étranger.

La reconnaissance de l'adoption effectuée par des concubins à l'étranger semble possible. La Cour de cassation a en effet estimé que les dispositions du Code civil français réservant l'adoption aux couples mariés ne font pas partie de l'ordre public international (73).

(72) C. civ., art. 370-5 : « L'adoption régulièrement prononcée à l'étranger produit en France les effets de l'adoption plénière si elle rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant. À défaut, elle produit les effets de l'adoption simple. Elle peut être convertie en adoption plénière si les consentements requis ont été donnés expressément en connaissance de cause ».

(73) Cass. 1re civ., 7 juin 2012, nos 11-30.262 et 11-30.261 : « Mais attendu que l'article 346 du Code civil qui réserve l'adoption conjointe à des couples unis par le mariage ne consacre pas un principe essentiel reconnu par le droit français ».

CHAPITRE II Conséquences en France du jugement d'adoption rendu à l'étranger

Que l'adoption internationale soit prononcée en France ou à l'étranger dans le cadre d'une convention internationale ou non, elle emporte un certain nombre d'effets particuliers, tant au regard de l'état civil qu'au regard de la nationalité. **3048**

Les conséquences sont toutefois différentes selon qu'il s'agit d'une adoption plénière ou d'une adoption simple.

– Au regard de la nationalité. – L'adoption plénière, qu'elle soit prononcée en France ou à l'étranger, est susceptible de conférer la nationalité française à l'enfant adopté en vertu de l'article 20, alinéa 2 du Code civil. **3049**

Le point essentiel résulte de la qualification de l'adoption :
- si l'adoption étrangère est assimilable à l'adoption plénière française, elle confère automatiquement la nationalité française. Aucun *exequatur* du jugement étranger n'est requis en cas d'adoption plénière ;
- si l'adoption étrangère est assimilable à une adoption simple, elle n'a aucun effet sur la nationalité (74).

Toutefois, dans l'hypothèse d'une adoption simple, l'adopté a, jusqu'à sa majorité, la possibilité de réclamer la nationalité française par simple déclaration devant le juge d'instance (75).

Une formalité complémentaire devra être accomplie lorsque le jugement d'adoption simple a été prononcé à l'étranger : la décision devra préalablement à la déclaration faire l'objet d'un *exequatur* en France (76).

Cette formalité n'est nécessaire que pour les demandes d'acquisition de la nationalité française, les décisions d'adoption étant reconnues en principe de plein droit en France.

– Au regard de l'état civil. – Si la décision judiciaire est assimilable à une adoption plénière et qu'au moins un des parents est français, le procureur de la République transcrit directement la décision sur les registres d'état civil français. **3050**

Si le parquet rejette la demande de transcription de l'adoption plénière, les parents ont trois possibilités :
- contester le refus et assigner le procureur de la République devant le tribunal de grande instance de Nantes pour ordonner la transcription ;
- saisir le tribunal compétent dans le ressort de la cour d'appel de leur domicile d'une requête en adoption plénière ;
- saisir ce même tribunal d'une requête en *exequatur*. La décision d'*exequatur* qui assimile la décision étrangère à une adoption plénière est alors directement transmise par le tribunal au registre du service de l'état civil du ministère des Affaires étrangères situé à Nantes pour être transcrite.

(74) C. civ., art. 21 : « L'adoption simple n'exerce de plein droit aucun effet sur la nationalité de l'adopté ».
(75) C. civ., art. 21-12 : « L'enfant qui a fait l'objet d'une adoption simple par une personne de nationalité française peut, jusqu'à sa majorité, déclarer, dans les conditions prévues aux articles 26 et suivants, qu'il réclame la qualité de Français, pourvu qu'à l'époque de sa déclaration il réside en France ».
(76) D. 30 déc. 1993, art. 16, 3° : « Si l'adoption a été prononcée à l'étranger, l'acte qui la constate doit faire l'objet au préalable d'une décision d'*exequatur* rendue en France ».

Dans le cadre d'une adoption simple prononcée à l'étranger, il n'y a pas transcription directe de l'adoption sur les registres français de l'état civil dans lesquels l'enfant n'est pas connu, l'adoption simple ne conférant pas automatiquement la nationalité française.

L'adoption peut toutefois être transcrite auprès du service central d'état civil de Nantes après son *exequatur*. Cette formalité n'est qu'une simple mesure de publicité valant preuve que le jugement d'*exequatur* est définitif. L'enfant ne disposera d'un acte de naissance qu'après avoir acquis la nationalité française.

3051 **– Conversion de l'adoption simple en adoption plénière. –** Lorsque la décision étrangère est assimilable en droit français à une adoption simple (notamment si le pays d'origine ne connaît que cette forme d'adoption), les adoptants peuvent en obtenir la conversion en déposant une requête en adoption plénière.

Cette conversion est subordonnée à la condition que l'adoptant ait obtenu le consentement du représentant légal de l'enfant et que ce consentement ait été donné expressément et en connaissance de cause (77).

Il faut que le consentement ait été libre, sans contrepartie, donné après la naissance de l'enfant, et éclairé sur toutes les conséquences de l'adoption, spécialement sur le caractère irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant (78).

TITRE III

Cas particuliers de la GPA et de la PMA

3052 Un examen de la législation de plusieurs États révèle qu'il n'existe pas à ce jour de position unanime dans le monde vis-à-vis tant de la procréation médicalement assistée que de la gestation pour autrui. La position retenue par la France a d'ailleurs récemment évolué.

CHAPITRE I Condition et évolution de la PMA en France

3053 Il convient, dans un premier temps, de définir la « Procréation Médicalement Assistée » aussi plus communément appelée « PMA ».

(77) C. civ., art. 370-5.
(78) C. civ., art. 370-3, al. 3.

La loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique a modifié l'article L. 2141-1 du Code de la santé publique qui définit la PMA de la façon suivante :

« L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle. La liste des procédés biologiques utilisés en assistance médicale à la procréation est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé après avis de l'Agence de la biomédecine. Un décret en Conseil d'État précise les modalités et les critères d'inscription des procédés sur cette liste. Les critères portent notamment sur le respect des principes fondamentaux de la bioéthique prévus en particulier aux articles 16 à 16-8 du Code civil, l'efficacité, la reproductibilité du procédé ainsi que la sécurité de son utilisation pour la femme et l'enfant à naître. L'Agence de la biomédecine remet au ministre chargé de la santé, dans les trois mois après la promulgation de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, un rapport précisant la liste des procédés biologiques utilisés en assistance médicale à la procréation ainsi que les modalités et les critères d'inscription des procédés sur cette liste ».

3054 Les conditions de fond de la PMA figurent à l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique (79).

L'assistance médicale à la procréation répond à des finalités strictement thérapeutiques et a comme seul objectif de répondre à la demande parentale d'un couple hétérosexuel, soit parce que ce dernier est atteint d'une infertilité pathologique, soit parce qu'il risque de transmettre à l'enfant ou à un membre du couple une maladie d'une particulière gravité.

3055 Un certain nombre de conditions de forme doivent également être respectées. Ainsi, lorsqu'un couple veut recourir à la PMA s'ouvre une série d'entretiens avec une équipe médicale pluridisciplinaire (médecins biologistes, psychiatres, infirmières...). Seuls les hôpitaux autorisés peuvent proposer des PMA et, dans ces hôpitaux, seuls les médecins agréés sont autorisés à les pratiquer. L'équipe doit donner au couple une information complète sur les informations techniques de PMA et les risques ; l'informer de la possibilité d'adopter, des chances de succès et de pénibilité de ces techniques ; vérifier ses motivations.

3056 Après le dernier entretien s'ouvre un délai de réflexion d'un mois avant que la PMA puisse être réalisée. Le consentement à la PMA doit se manifester par écrit. Ce consentement doit persister, c'est-à-dire qu'il ne doit pas avoir été révoqué et ne doit pas être devenu caduc. Chaque membre du couple peut révoquer son consentement tant que la PMA n'a pas été effectuée.

(79) C. santé publ., art. L. 2141-2 : « L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple. Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentant préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation ».

3057 Les techniques de PMA sont diverses (80) :
- l'insémination artificielle, il s'agit d'implanter des spermatozoïdes dans l'utérus de la femme. Les gamètes peuvent être issus du couple (insémination endogène) ou être ceux d'un tiers donneur (insémination exogène) ;
- la fécondation *in vitro* consiste en la rencontre des gamètes dans une éprouvette, puis par l'implantation de l'embryon dans le corps de la femme. Là encore la fécondation peut être endogène ou exogène ;
- le don d'embryon consiste à faire se rencontrer dans une éprouvette l'ovule d'une femme donneuse et le sperme d'un donneur, puis l'embryon est implanté dans le corps de la femme du couple. Le don d'embryon n'est autorisé que de façon exceptionnelle et nécessite une autorisation de justice.

3058 Sont également autorisées toutes techniques équivalentes fixées par arrêté du ministre de la Santé (81). Cela signifie que la liste est évolutive.

(80) Il existe plusieurs interdictions. Ainsi, la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 révisant les lois bioéthiques a prohibé le clonage reproductif à l'article 16-4 du Code civil, qui dispose : « Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée ». Une telle pratique serait constitutive d'un « crime contre l'espèce humaine » et, dès lors, passible des peines prévues à l'article 214-2 du Code pénal, soit trente ans de réclusion criminelle et 7 500 000 € d'amende. De même, aux termes de l'article L. 1244-3 du Code de la santé publique : « L'insémination artificielle par sperme frais provenant d'un don et le mélange de spermes sont interdits ».

(81) C. santé publ., art. L. 1241-1 : « Le prélèvement de tissus ou de cellules ou la collecte de produits du corps humain sur une personne vivante en vue de don ne peut être opéré que dans un but thérapeutique ou scientifique ou de réalisation ou de contrôle des dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro* ou de contrôle de qualité des examens de biologie médicale ou dans le cadre des expertises et des contrôles techniques réalisés sur les tissus ou sur les cellules ou sur les produits du corps humain par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé en application du 1° de l'article L. 5311-2. Seuls peuvent être prélevés en vue de don à des fins thérapeutiques les tissus figurant sur une liste prévue à cet effet, à l'exception des tissus prélevés dans le cadre d'une recherche impliquant la personne humaine. Le prélèvement de tissus ou de cellules autres que les cellules hématopoïétiques, ou la collecte de produits du corps humain en vue de don à des fins thérapeutiques ou en vue de réalisation ou de contrôle des dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro* ou en vue du contrôle de qualité des examens de biologie médicale ou dans le cadre des expertises et des contrôles techniques réalisés sur les tissus ou sur les cellules ou sur les produits du corps humain par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé en application du 1° de l'article L. 5311-2 ne peut avoir lieu qu'à la condition que le donneur, dûment informé de l'objet du prélèvement ou de la collecte et de leurs conséquences et des risques qui y sont attachés, ait donné son consentement par écrit. Ce consentement est révocable sans forme et à tout moment. Toutefois, les conditions d'expression du consentement et d'obtention d'une autorisation prévues à l'article L. 1231-1 s'appliquent, lorsque la nature du prélèvement et ses conséquences pour le donneur le justifient. Le prélèvement, en vue de don à des fins thérapeutiques, de cellules hématopoïétiques recueillies par prélèvement dans la moelle osseuse ou dans le sang périphérique ne peut avoir lieu qu'à la condition que le donneur, préalablement informé des risques qu'il encourt et des conséquences éventuelles du prélèvement, ait exprimé son consentement devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui, qui s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé. En cas d'urgence vitale, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République. Le consentement est révocable sans forme et à tout moment. Le prélèvement de cellules hématopoïétiques du sang de cordon et du sang placentaire ainsi que de cellules du cordon et du placenta ne peut être effectué qu'à des fins scientifiques ou thérapeutiques, en vue d'un don anonyme et gratuit, et à la condition que la femme, durant sa grossesse, ait donné son consentement par écrit au prélèvement et à l'utilisation de ces cellules, après avoir reçu une information sur les finalités de cette utilisation. Ce consentement est révocable sans forme et à tout moment tant que le prélèvement n'est pas intervenu. Par dérogation, le don peut être dédié à l'enfant né ou aux frères ou sœurs de cet enfant en cas de nécessité thérapeutique avérée et dûment justifiée lors du prélèvement ».

Parmi les conditions énoncées à l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique, l'une est essentielle : le consentement. Dans certains cas (procréation exogène), ce consentement doit se manifester de manière authentique. **3059**

Ainsi, l'article 311-20 du Code civil dispose-t-il que : « Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner, dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation ».

Celui qui reçoit le consentement doit rappeler au couple les conséquences juridiques de cet acte au regard de la filiation de l'enfant à naître. Il convient de signaler qu'il existe ici un terrain éventuel de mise en jeu de la responsabilité du notaire. Seuls les deux membres du couple peuvent obtenir copie ou expédition de l'acte.

Où conserver l'acte de consentement ?

L'enfant pourrait être amené à s'interroger sur les modalités de sa conception. Le notaire devra être particulièrement vigilant à ne pas révéler l'existence de l'acte de consentement à PMA de ses parents.
Ainsi, il peut être conseillé de conserver l'acte de consentement à PMA au coffre et non au rang des minutes.

Si le recours à la PMA est limité aux cas d'infertilité que l'on pourrait qualifier de « biologiques » (et donc exclu pour les couples de même sexe), il n'est pas exclu que certains couples souhaitent contourner les interdictions ou limites posées par la loi française. **3060**

En particulier un couple ou une femme célibataire peuvent se rendre à l'étranger afin de recourir à des techniques qui n'existent pas en France ou afin de passer outre les limites qu'énonce la législation française (82).

Ce type de comportement suscite des questions de droit international privé lorsque vient le temps d'établir le lien de filiation entre les parents et l'enfant.

Plus précisément, il faut déterminer si l'enfant né d'une technique de PMA interdite en France peut néanmoins être regardé comme l'enfant du couple et en particulier du parent qui n'a pas accouché.

La Cour de cassation a répondu positivement à cette question par un avis récent aux termes duquel : « Le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant » (83). **3061**

(82) Certains États autorisent le recours à la PMA pour les couples de femmes. Il en va ainsi de l'Autriche, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la Finlande, l'Islande, la Norvège, les Pays-Bas, le Royaume-Uni ou encore la Suède.
(83) Cass., avis, 22 sept. 2014, nos 15010 et 15011.

L'essentiel à retenir dans le cadre d'une PMA

Pour les couples et les mères célibataires

Dès lors que la mère accouche : la filiation à l'égard de la mère de naissance est établie.

Cette filiation peut-elle être contestée ?

Aux termes de l'article 311-25 du Code civil (84), si le nom de la mère figure dans l'acte de naissance aucune contestation n'est possible.

Selon l'article 332 du Code civil (85), la maternité ne peut être contestée que si l'on peut apporter la preuve que la mère de naissance n'a pas accouché.

Pour les couples

Si la filiation est indiscutablement établie à l'égard de la mère, se pose la question de savoir s'il est possible d'établir une filiation à l'égard de la compagne ou du compagnon de celle-ci.

La réponse est affirmative :

- si le compagnon est un époux : la présomption de paternité de l'article 312 du Code civil (86) trouve application ;
- si le compagnon est un concubin ou un partenaire : la reconnaissance est possible sur le fondement de l'article 316 du Code civil (87) ;
- si la mère est en couple (mariée ou non) avec une personne de même sexe, la reconnaissance n'est pas possible. En revanche, l'adoption de l'enfant du conjoint reste alors une solution offerte à l'époux ou à l'épouse de la mère de naissance. Le praticien pourra donc conseiller aux concubins de se marier pour permettre par la suite de mettre en place la procédure d'adoption qui, pour l'instant, ne semble pas ouverte aux concubins et partenaires.

CHAPITRE II La gestation pour autrui

3062 La gestation pour autrui, aussi appelée »GPA« , décrit la situation dans laquelle des parents recourent à la prestation d'une mère porteuse (88).

L'article 16-7 du Code civil français dispose que : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Cette disposition n'a pas été modifiée suite à l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013. Elle reste d'ordre public conformément à l'article 16-9 du Code civil.

Le Conseil constitutionnel a expressément rappelé que l'article 6-1 du Code civil aux termes duquel « le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois (...) que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe » n'a ni pour objet ni pour effet de modifier la portée des dispositions de l'article 16-7 du Code civil (89).

(84) C. civ., art. 311-25 : « La filiation est établie à l'égard de la mère, par désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant (...) ».

(85) C. civ., art. 332 : « La maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant ».

(86) C. civ., art. 312 : « L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari ».

(87) C. civ., art. 316 : « Lorsque la filiation n'est pas établie dans les conditions prévues à la section I du présent chapitre, elle peut l'être par une reconnaissance de paternité ou de maternité, faite avant ou après la naissance. La reconnaissance n'établit la filiation qu'à l'égard de son auteur. (...) ».

(88) J.-S. Bergé, *Contextualisation et circulation des situations : approche modale des phénomènes de gestation pour autrui à l'étranger : JDI* févr. 2015, n° 1, doctr. 1.

(89) Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669, consid. 44.

La GPA étant illégale en France, en cas de succession, un enfant issu d'une GPA doit-il être considéré comme un héritier au même titre que les enfants qui seraient nés du couple ou du défunt ?

D'un point de vue pratique, le notaire doit-il rechercher l'existence d'héritiers issus d'une GPA effectuée à l'étranger ?

Sur ce point, une lettre du garde des Sceaux a été adressée au Conseil supérieur du notariat en 2015, selon laquelle : « Le seul recours à une convention de gestation pour autrui ne peut d'emblée conduire le notaire à écarter ces enfants de leur qualité d'héritier de la succession de leurs parents, dès lors que le lien de filiation avec ces derniers résulte de leur acte de naissance étranger quand bien même il ne serait pas procédé à la transcription de ces actes sur les registres français de l'état civil » (90).

3063 La Cour de cassation s'est, à plusieurs reprises, prononcée sur les contrats de gestation pour autrui.

Déjà, en 1991, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a pu juger que « la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ».

Plus récemment, par trois arrêts du 6 avril 2011 (91) ayant largement retenu l'attention de la doctrine, la Cour de cassation avait précisé l'impossibilité de transcrire à l'état civil français les actes de naissance d'enfants nés à l'étranger des suites d'une gestation pour autrui.

La justification invoquée était celle de la contrariété au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes qui est une composante de l'ordre public.

3064 Par deux décisions du 13 septembre 2013, la Cour de cassation confirme son hostilité à la GPA (92).

La nouveauté réside non pas dans la sanction en elle-même, mais dans le fondement de la sanction.

Jusqu'alors, le fondement de la sanction était celui d'une contrariété à l'ordre public : conclure une convention de gestation pour autrui était, et est toujours, considéré comme contraire à nos valeurs les plus fondamentales, ce qui justifiait le refus de transcription des actes de naissance d'enfants nés suite à la conclusion d'un tel contrat.

(90) V. A. Leclair, *Les enfants nés par GPA reconnus héritiers : Le Figaro* 28 avr. 2015 (www.lefigaro.fr/vox/societe/2015/04/28/31003-20150428ARTFIG00354-les-enfants-nes-par-gpa-reconnus-heritiers.php).

(91) Cass. 1re civ., 6 avr. 2011, nos 09-66.486, 10-19.053 et 09-17.130 : « attendu qu'est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du Code civil ».

(92) Cass. 1re civ., 13 sept. 2013, nos 12-18.315 et 12-30.138.

Avec les arrêts du 13 septembre 2013, il n'est plus question de contrariété à l'ordre public. C'est sur le terrain de la fraude que se fonde désormais la sanction du recours à la GPA (93).

3065 Il convient de souligner ici l'intérêt de la définition de la fraude.

La fraude consiste à contourner la loi normalement applicable afin d'aboutir à une loi plus favorable.

La fraude est constituée de trois éléments. Un élément matériel (qui consiste en une délocalisation), un élément moral (qui consiste en l'intention de se soustraire à la loi normalement applicable) et un élément légal (c'est-à-dire échapper à une prohibition édictée par la loi). En l'occurrence, il est évident que les couples en cause sont volontairement allés à l'étranger dans le but de pouvoir accéder à la GPA qui est proscrite en France et donc de se soustraire à la loi française. Les trois éléments de la fraude sont donc réunis dans ces deux affaires.

La fraude, si elle justifie le refus de transcription des actes de naissance, permet une nouvelle sanction : la nullité de la reconnaissance paternelle.

Ces deux arrêts de 2013 permettent également de constater que les droits de l'homme et l'intérêt supérieur de l'enfant ne suffisent pas à écarter toute sanction en présence d'une fraude à la loi française.

Il convient de noter trois éléments au sujet de ces arrêts :

3066 **– 1) Le refus de transcription des actes de naissance. –** Classiquement, la fraude est sanctionnée par l'inefficacité de l'acte frauduleusement obtenu. Dans les cas de gestation pour autrui que nous étudions, la sanction retenue par la Cour de cassation est le refus de transcription des actes de naissance. Or, ce refus de transcription consiste bien à rendre l'opération de gestation pour autrui inefficace puisque le lien de filiation des enfants nés des suites du contrat ne sera pas établi envers le contractant français (qui ne sera donc pas considéré légalement comme le parent de ces enfants nés à l'étranger). C'est donc finalement une sanction traditionnelle qui est ici appliquée : on prive d'effet l'acte frauduleux.

Il n'en demeure pas moins qu'à nouveau saisie de ces questions, la Cour de cassation a récemment estimé devoir interroger la Cour européenne des droits de l'homme, de la question de savoir : « En refusant de transcrire sur les registres de l'état civil l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui en ce qu'il désigne

(93) La première chambre civile juge en effet, dans la première affaire, que « la cour d'appel, qui a caractérisé l'existence d'un tel processus frauduleux, comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre M. Y... et M^me^ X..., en a déduit à bon droit que l'acte de naissance de l'enfant établi par les autorités indiennes ne pouvait être transcrit sur les registres de l'état civil français ; Qu'en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués » et « qu'ayant caractérisé la fraude à la loi commise par M. Y..., la cour d'appel en a exactement déduit que la reconnaissance paternelle devait être annulée » et, dans la seconde affaire, elle rend un arrêt de cassation jugeant « les éléments réunis par le ministère public caractérisaient l'existence d'un processus frauduleux comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre M. Y... et M^me^ X..., ce dont il résultait que les actes de naissance des enfants ne pouvaient être transcrits sur les registres de l'état civil français ».
On pourrait, au vu de cette jurisprudence, se demander si les actes d'état civil indien (dont il est question dans l'un de ces arrêts) sont contraires à nos conceptions les plus fondamentales. À cet égard, et pour répondre par l'affirmative, on pourrait songer au principe d'indisponibilité du corps humain, au principe de dignité de la personne humaine « qui s'oppose à ce qu'un humain soit traité comme un simple instrument, un moyen, au service d'autrui » (F. Chénedé, *Non-reconnaissance des gestations pour autrui réalisées à l'étranger : après la mère, le père ; après l'ordre public, la fraude : AJF* 2013, p. 579).

comme étant sa "mère légale" la "mère d'intention", alors que la transcription de l'acte a été admise en tant qu'il désigne le "père d'intention", père biologique de l'enfant, un État partie excède-t-il la marge d'appréciation dont il dispose au regard de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? À cet égard, y a-t-il lieu de distinguer selon que l'enfant est conçu ou non avec les gamètes de la "mère d'intention" ? » (94).

– 2) L'annulation de la reconnaissance paternelle. – On aurait pu penser que la Cour de cassation allait valider la reconnaissance paternelle. Mais elle va plus loin que le seul refus de transcription des actes de naissance avec l'annulation de la reconnaissance paternelle (1re esp.). **3067**

En l'espèce, il n'était nullement contesté que le demandeur était le père biologique de la petite Émilie. De ce fait, il avait, à l'appui de son pourvoi, invoqué l'article 332 du Code civil qui dispose que « La paternité peut être contestée en rapportant la preuve que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père ». Toutefois, il faut noter que l'article 336 du Code civil prévoit que le ministère public peut contester la filiation en cas de fraude à la loi (95).

Au regard du droit français, la filiation semblait donc régulièrement établie. Mais, parce que le couple a commis une fraude à la loi française, l'établissement de la filiation paternelle – à l'instar de la filiation maternelle – résultait de cette fraude et devait également être sanctionné.

C'est là la seconde nouveauté apportée par le premier arrêt commenté : la fraude justifie l'annulation de la reconnaissance paternelle.

– 3) La fraude, l'intérêt supérieur de l'enfant et les droits de l'homme. – Les demandeurs, pour échapper aux sanctions, soutenaient que le refus de reconnaître la filiation paternelle légalement établie à l'étranger portait atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant ainsi qu'au droit au respect à la vie privée et familiale. Étaient donc invoquées les dispositions de la Convention de New York et de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette argumentation avait déjà été invoquée – et rejetée – dans les arrêts du 6 avril 2011. **3068**

Dans le premier arrêt commenté, l'argumentation est rejetée. En effet, la Cour de cassation juge qu'au regard de la fraude à la loi française, « ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués ».

Cette solution n'est pas totalement nouvelle. En effet, un arrêt en date du 17 novembre 2010 avait déjà pu décider : « Attendu qu'ayant relevé que M. Y... avait produit au consulat de France une déclaration mensongère attestant d'un faux accouchement de son épouse, c'est à bon droit que l'arrêt retient que l'intérêt supérieur de l'enfant ne saurait justifier un état civil et une filiation conférés en fraude à la loi... » (96).

(94) Cass. ass. plén., 5 oct. 2018, nº 10-19.053.
(95) C. civ., art. 336 : « La filiation légalement établie peut être contestée par le ministère public si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi ».
(96) Cass. 1re civ., 17 nov. 2007, nº 09-68.399.

À noter cependant que le Conseil d'État, dans une décision du 4 mai 2011, invite les juges à délivrer aux enfants nés à l'étranger des suites d'une gestation pour autrui, des titres de transport afin qu'ils puissent venir en France (97).

De plus, une récente circulaire du garde des Sceaux a invité les greffiers en chef des tribunaux d'instance à faire droit aux demandes de certificat de nationalité française en cas de soupçon de recours à une convention de mère porteuse (98).

3069 Récemment, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France (99) pour violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'état civil français ayant refusé la transcription d'actes de naissance d'enfants nés d'une GPA en Ukraine sur les registres français (100).

Quelques jours auparavant, la Cour de Strasbourg avait également rendu un arrêt contre l'Italie.

Au cas précis, la question était celle du placement, en vue de son adoption, d'un enfant conçu par une GPA pratiquée en Russie en fraude à la loi italienne.

En l'occurrence, la Grande chambre a estimé qu'il n'y avait pas d'atteinte à la vie privée et familiale des parents d'intention : le fait de laisser l'enfant frauduleusement conçu auprès de ses parents d'intention, alors même qu'aucun d'eux n'était son parent biologique, reviendrait, selon les juges européens, à légaliser une pratique pourtant interdite par la loi italienne (101).

3070 La Cour de cassation s'est par la suite à nouveau prononcée en la matière par quatre arrêts du 5 juillet 2017 (102).

Dans les deux premiers arrêts, les actes de naissance dressés aux États-Unis (1re affaire) et en Ukraine (2e affaire) indiquent que les enfants sont nés de leur père et de leur mère d'intention, mariés et de nationalité française. La question de la transcription de ces actes est soumise à la Cour de cassation.

3071 En l'occurrence, la première chambre civile juge dans la première affaire que :

« Vu l'article 47 du Code civil, ensemble l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; Attendu que, pour refuser la transcription des actes de naissance étrangers en ce qu'ils désignent M. X... en qualité de père, l'arrêt retient qu'en l'absence de certificat médical délivré dans le pays de naissance attestant de la filiation biologique paternelle, d'expertise biologique judiciaire et d'éléments médicaux sur la fécondation artificielle pratiquée, la décision rendue le 17 septembre 2010 par une juridiction californienne le déclarant parent légal des enfants à naître, est insuffisante à démontrer qu'il est le père biologique ; Qu'en statuant ainsi, alors, d'une part, que la transcription des actes de naissance sur les registres de l'état civil français n'était pas

(97) Dans cette espèce toutefois, la filiation paternelle était établie et non annulée. CE, 4 mai 2011, nos 348778 et 348779 : « qu'il ne s'agit pas par ailleurs d'établir une filiation mais de délivrer un titre de transport à ses filles ; que les articles 16-7 et 16-9 du Code civil ne peuvent faire échec à une filiation réelle et aux droits d'un enfant naturel, notamment de bénéficier d'une condition de nationalité et du droit d'aller et venir ; que le ministère des Affaires étrangères commet un excès de pouvoir en substituant son appréciation à la sienne en ce qui concerne l'intérêt de l'enfant ; que même s'il s'agissait d'une gestion pour autrui, la position de l'administration ne respecterait pas le principe constitutionnel d'égalité ».

(98) Circ. 25 janv. 2013, no JUSC1301528C.

(99) La France a été condamnée à plusieurs reprises par la Cour européenne des droits de l'homme.

(100) CEDH, 19 janv. 2017, req. no 44024/13, *Laborie* c/ *France* : *D.* 2017, no 21, p. 1229, note A.-B. Caire.

(101) CEDH, 24 janv. 2017, req. no 25358/12, *Paradisio et Campanelli* c/ *Italie* : *D.* 2017, no 21, p. 1229, note A.-B. Caire.

(102) Cass. 1re civ., 5 juill. 2017, nos 15-28.597, 16-16.901, 16-16.455 et 16-16.495 : *AJF* 2017, no 9, p. 482.

subordonnée à une expertise judiciaire, d'autre part, qu'elle constatait que le jugement californien énonçait que le patrimoine génétique de M. X... avait été utilisé, sans relever l'existence d'éléments de preuve contraire, de sorte que ce jugement avait, à cet égard, un effet de fait et que la désignation de M. X... dans les actes comme père des enfants était conforme à la réalité, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

3072 Dans la deuxième affaire, elle juge que : « Selon l'article 47 du Code civil, tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ; Que, concernant la désignation de la mère dans les actes de naissance, la réalité, au sens de ce texte, est la réalité de l'accouchement ; Qu'ayant constaté que M^me^ Y... n'avait pas accouché des enfants, la cour d'appel en a exactement déduit que les actes de naissance étrangers n'étaient pas conformes à la réalité en ce qu'ils la désignaient comme mère, de sorte qu'ils ne pouvaient, s'agissant de cette désignation, être transcrits sur les registres de l'état civil français ; Attendu qu'aux termes de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ; 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ; Attendu que le refus de transcription de la filiation maternelle d'intention, lorsque l'enfant est né à l'étranger à l'issue d'une convention de gestation pour autrui, résulte de la loi et poursuit un but légitime en ce qu'il tend à la protection de l'enfant et de la mère porteuse et vise à décourager cette pratique, prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du Code civil ; Et attendu que ce refus de transcription ne crée pas de discrimination injustifiée en raison de la naissance et ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale des enfants, au regard du but légitime poursuivi ; qu'en effet, d'abord, l'accueil des enfants au sein du foyer constitué par leur père et son épouse n'est pas remis en cause par les autorités françaises, qui délivrent des certificats de nationalité aux enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger ; qu'ensuite, en considération de l'intérêt supérieur des enfants déjà nés, le recours à la gestation pour autrui ne fait plus obstacle à la transcription d'un acte de naissance étranger, lorsque les conditions de l'article 47 du Code civil sont remplies, ni à l'établissement de la filiation paternelle ; qu'enfin, l'adoption permet, si les conditions légales en sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant, de créer un lien de filiation entre les enfants et l'épouse de leur père ».

3073 Dans le troisième arrêt, l'enfant a été reconnu par son père d'intention et par la femme qui en a accouché. Le conjoint du père demande l'adoption simple de l'enfant. Les deux époux sont de nationalité française. La première chambre civile a dans, cette affaire, jugé que : « Le recours à la gestation pour autrui à l'étranger ne fait pas, en lui-même, obstacle au prononcé de l'adoption, par l'époux du père, de l'enfant né de cette procréation, si les conditions légales de l'adoption sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ».

3074 Dans le quatrième arrêt, l'acte de naissance a été dressé par l'officier de l'état civil consulaire français dans ses registres sur production de faux documents de grossesse, d'un faux certificat d'accouchement, et d'échographies et examens médicaux falsifiés par les parents d'intention. C'est la question de son annulation qui s'est posée. La Cour de cassation

répond en ces termes : « Saisie d'une demande d'annulation d'un acte dressé par l'officier de l'état civil consulaire français dans ses registres, sur le fondement de l'art. 48 c. civ., la cour d'appel a constaté que [les époux] avaient produit au consulat de France de faux documents [de sorte] qu'elle en a exactement déduit, sans être tenue de procéder à une recherche inopérante relative à la possession d'état de l'enfant ou à la réalité de la filiation biologique paternelle, que l'acte de naissance dressé sur les registres consulaires était entaché de nullité ».

3075 Si la Cour de cassation ne fait pas évoluer dans les arrêts du 5 juillet 2017 sa position s'agissant de la transcription en France d'un acte de naissance dressé à l'étranger indiquant que l'enfant issu de la gestation pour autrui est né de son père et de sa mère d'intention (103), elle admet pour la première fois que le recours à la gestation pour autrui n'empêche pas le conjoint de celui qui a conçu un enfant avec une mère de substitution d'adopter celui-ci : « Le recours à la gestation pour autrui à l'étranger ne fait pas, en lui-même, obstacle au prononcé de l'adoption par l'époux du père de l'enfant né de cette procréation, si les conditions légales de l'adoption sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ».

Il convient de constater que la Cour de cassation ne distingue pas entre adoption simple et adoption plénière. Il semble possible d'en déduire que le prononcé de l'adoption plénière par le conjoint du père biologique de l'enfant issu d'une gestation pour autrui est en théorie possible (dès lors que l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant et que les conditions légales de l'adoption sont réunies). Si l'acte de naissance dressé à l'étranger désigne comme seul parent de l'enfant le ressortissant français, géniteur et commanditaire de la gestation pour autrui, sans faire aucune référence à celle qui l'a mis au monde, l'adoption plénière de l'enfant par le conjoint du père biologique serait concevable. En revanche, si la mère porteuse figure sur l'acte de naissance, les conditions posées à l'article 345-1 du Code civil aboutiront dans la plupart des cas à exclure une adoption plénière.

3076 Depuis, est intervenue une décision de la cour d'appel de Paris (104) refusant de prononcer une adoption plénière dans un contexte post-GPA.

Dans cette espèce, l'acte de naissance dressé en Inde ne comportait pas d'indication du nom de la mère ; était seulement mentionné que la petite fille était issue de M. X., de nationalité française et bulgare, et qu'elle avait été reconnue par celui-ci en Inde (l'enfant fut également reconnu par son père en France et en Bulgarie). Saisies d'une demande de transcription sur les registres français de l'état civil, les autorités consulaires françaises demandèrent des instructions au parquet de Nantes en raison d'indices laissant présumer un recours à un contrat de gestation pour autrui. En 2014, le père de la petite fille se maria avec M. Y., avec qui il était pacsé depuis plusieurs années. L'acte de naissance fut finalement transcrit sur les registres français de l'état civil, conformément à la règle fixée par la Cour de cassation dans ses arrêts du 3 juillet 2015 (105), s'agissant de la filiation paternelle, rien dans l'acte ne laissait en effet présumer que l'acte était irrégulier, falsifié ou que les faits qui y étaient

(103) Refusant toujours la transcription de la filiation maternelle d'intention au motif que ce refus « lorsque l'enfant est né à l'étranger à l'issue d'une convention de gestation pour autrui, résulte de la loi et poursuit un but légitime en ce qu'il tend à la protection de l'enfant et de la mère porteuse et vise à décourager cette pratique, prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du Code civil », Cass. 1re civ., 5 juill. 2017, nº 15-28.597. – Cass. 1re civ., 5 juill. 2017, nº 16-16.901.

(104) CA Paris, pôle 1, ch. 1, 30 janv. 2018 : *JurisData* nº 2018-003358.

(105) Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, nº 14-21.323 : *JurisData* nº 2015-015879. – Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, nº 15-50.002 : *JurisData* nº 2015-015881.

déclarés ne correspondaient pas à la réalité (106). En 2015, M. Y. saisit le tribunal de grande instance de Paris d'une requête en adoption plénière de l'enfant de son conjoint. L'adoption fut prononcée par le tribunal de grande instance de Paris en septembre de la même année. Sur le recours formé par le ministère public, la cour d'appel de Paris rejette la demande d'adoption plénière. Reprenant le principe posé par la Cour de cassation, elle affirme que le recours à la GPA ne fait pas obstacle, en lui-même, à l'adoption par l'époux du père, de l'enfant né de cette procréation, mais elle estime qu'en l'espèce elle ne peut prononcer l'adoption plénière demandée, car elle ne peut conclure des éléments dont elle dispose que cette adoption serait conforme à l'intérêt de l'enfant (107).

Ajoutons à toutes fins utiles qu'un autre argument pourrait, nous semble-t-il, contrarier les demandes d'adoption simple ou plénière « post-GPA » : dans la plupart des cas, il fait peu de doute que la mère porteuse consentira à l'adoption, mais cette dernière aura préalablement reçu une rémunération dans le cadre de la convention de mère porteuse. Or, les conditions posées à l'article 370-3, alinéa 3 du Code civil sont dénuées d'ambiguïté : « Quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant. Le consentement doit être libre, obtenu sans aucune contrepartie, après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier, s'il est donné en vue d'une adoption plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant ».

En outre, il est rappelé qu'une question préjudicielle a été posée le 5 octobre 2018 (108) par la Cour de cassation à la Cour européenne des droits de l'homme, tendant à vérifier la conformité de sa position actuelle à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Dans ce contexte encore incertain quant à l'admission de l'adoption par le père d'intention, mais plus encore par la mère d'intention, un notaire français ne peut pas à l'heure actuelle garantir à ses clients le succès d'une procédure d'adoption (simple ou plénière) « post-GPA ».

Cependant, il peut attirer leur attention sur l'existence d'outils juridiques permettant de faciliter la vie quotidienne et de sécuriser la situation de l'enfant : **3077**

- le parent d'intention ne figurant pas sur les actes de naissance français est susceptible de bénéficier d'une délégation-partage de l'autorité parentale consentie par son époux en qualité de père biologique (109) ;
- il pourrait également être désigné comme tuteur par le père biologique dans le cas de prédécès de ce dernier (110) ;
- en cas de séparation, il pourrait se prévaloir de son droit au maintien des relations personnelles avec les enfants.

En effet, l'article 371-4, alinéa 2 du Code civil a été modifié par la loi du 17 mai 2013 et prévoit désormais expressément que ce droit peut être invoqué en particulier lorsque le « tiers » a résidé de manière stable avec l'enfant et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables.

(106) C. civ., art. 47.
(107) H. Fulchiron, *Résistance ou cas d'espèce ? Pas d'adoption plénière pour le père d'intention : Dr. famille* avr. 2018, n° 4, comm. 92.
(108) Cass. ass. plén., 5 oct. 2018, n° 10-19.053, P+B+I : *JurisData* n° 2018-016889.
(109) C. civ., art. 377 et 377-1.
(110) C. civ., art. 403.

DEUXIÈME PARTIE

S’unir

3078 Les dernières décennies ont été marquées par une évolution de la structure des familles. Le mariage n'est plus nécessairement le socle de la cellule familiale. Il a cédé sa place à la notion plus large de couple.

La notion de couple recouvre de multiples réalités, traduites par une multiplicité de statuts venant régir les différents types d'unions (111). L'analogie réside dans la volonté des individus d'organiser une communauté de vie à deux (112).

Mariage, partenariat enregistré et concubinage sont les trois types d'union connus par le droit français. Cette trilogie des modes de conjugalité se rencontre dans de nombreux systèmes juridiques.

Les modes de conjugalité et leurs effets juridiques varient toutefois considérablement dans le monde. Longtemps imprégnés par l'institution du mariage, les praticiens ont pris l'habitude d'identifier le conjoint à un homme ou une femme marié(e), ignorant que ce conjoint titulaire de droits pouvait aussi être un conjoint marié de même sexe, un conjoint de fait, un partenaire de même sexe ou de sexe différent ou encore plusieurs épouses dans le cas de la polygamie.

Cette évolution des rapports familiaux a nécessairement entraîné une évolution des règles de droit international privé, les couples pouvant être soumis à des règles spécifiques. Le praticien devra déterminer si le couple est ou non uni par les liens du mariage, s'il est lié par un partenariat, ou s'il vit sans mariage ni contrat particulier, c'est-à-dire qualifier la situation (113).

(111) Sur le flou entourant la notion de couple, V. par ex. H. Gaudemet-Tallon, *Incertaines familles, incertaines frontières : quel droit international privé ?*, in *Mél. en l'honneur de M. Revillard*, Defrénois, 2007, p. 147 et s.

(112) En 2015, l'Insee a d'ailleurs publié une étude fouillée sur les formes de couples en France. M. Bodier, G. Buisson, A. Mapinte et I. Robert-Bobée, *Couples et familles*, Insee, éd. 2015 (document disponible à l'adresse suivante : www.insee.fr/fr/statistiques/2017502?sommaire=2017528).

(113) Sur l'absence de fongibilité des différents types d'union, V. G. Escudey, *Le couple en droit international privé : contribution à l'adaptation méthodologique du droit international privé du couple*, thèse dactyl., Université de Bordeaux, 2016, spéc. § 143-154 et p. 99-107.

TITRE I

Les couples non mariés

Si le mariage a quelque peu perdu de son attractivité, la vie de couple n'en reste pas moins une réalité que le droit se doit d'appréhender. 3079

Le recul du modèle séculaire du mariage ne signifie pas que le couple ne se voit plus doté d'un statut juridique dès sa formation. Toutefois, nombreuses sont les personnes qui vivent à deux sans entremise du droit. Les règles de droit international privé divergent donc selon que l'on se trouve face à un partenariat enregistré **(Sous-titre II)** ou à une situation d'union de fait **(Sous-titre I)**. En outre, force est de souligner que l'acception de l'union de fait et des partenariats enregistrés diffère au sein de chaque État, ce qui entraîne des difficultés au stade de la qualification (114).

SOUS-TITRE I

L'union de fait

L'union de fait, le concubinage ou encore l'union libre sont autant d'expressions recouvrant une même réalité. Il s'agit de la situation dans laquelle deux personnes, non mariées, cohabitent ensemble. 3080

À la différence d'un partenariat, cette cohabitation est effective et n'entraîne pas de véritable enregistrement. Tout au plus existe-t-il des certificats ou attestations de concubinage destinés à l'octroi de certaines prestations.

Le Code civil français définit le concubinage à l'article 515-8 comme une »(...) union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple« .

En droit international privé, l'union de fait se rapproche à la fois du droit de la famille et du droit commun des obligations. À travers le monde, l'union de fait est traitée de manière très diversifiée : elle est considérée comme illicite dans certains pays inspirés du droit musulman, ou au contraire assimilée à un mariage au regard de ses effets dans d'autres. En Europe, certains pays lui ont conféré un véritable statut (Autriche, ex-Yougoslavie).

Unis dans les faits et partageant une vie commune, les couples non mariés représentent des millions de personnes à travers le monde. Dans de nombreux pays d'Amérique latine, l'assimilation du »concubin« au conjoint marié a été réalisée afin de prendre en considération le nombre très important de personnes vivant en union libre. 3081

Certains États ont même consacré des articles au concubinage au sein de leur Constitution afin de réaliser totalement cette assimilation.

(114) Sur cette question, H. Fulchiron, *Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé : JDI* 2000, p. 891 et s.

Ainsi au Pérou, est-il indiqué aux termes de l'article 5 du chapitre II de la Constitution de 1993 et de l'article 326 du Code civil (115) que l'union stable d'un homme et d'une femme, libres de tout lien matrimonial, mais qui forment un foyer de fait depuis au moins deux années, donne lieu à une société de biens soumise au régime de la société d'acquêts, dans laquelle le concubin exercera ses droits au moment de la liquidation après décès.

Dans un autre contexte, la loi sur les successions de 1965 applicable en Israël dispose, aux termes de son article 55, que le fait de vivre comme mari et femme dans un ménage commun donne le droit de succéder et d'être entretenu sur les biens successoraux, étant précisé que les concubins doivent être un homme et une femme célibataires. L'existence de cette loi a été justifiée de deux façons : certains prétendent qu'elle permet de contourner les empêchements à mariage institués par la loi religieuse (nullité du mariage entre juif et non juif en droit hébraïque), d'autres la justifient au regard de la similitude de comportements entre conjoints mariés et concubins devant produire les mêmes effets.

Plus près de la France, en Slovénie, la loi de 1976 accorde au concubin les mêmes droits successoraux que ceux accordés au conjoint marié.

D'autres pays, comme les pays scandinaves et certains pays de *common law*, ont mis fréquemment en place des contrats de concubinage.

Dès lors, comment réceptionner ces droits résultant de lois étrangères en faveur de ceux vivant en union libre ?

En droit international privé français, il n'existe aucune catégorie de rattachement propre au concubinage ou à l'union libre.

Le rattachement au statut personnel a été proposé par certains auteurs.

De façon un peu contradictoire, l'union libre est rattachée à la loi des effets personnels du mariage : loi nationale commune des époux et, à défaut, loi du domicile mais pas seulement, et l'approche se doit d'être fragmentaire.

La jurisprudence n'est pas très abondante.

S'agissant des contrats entre concubins, il conviendra de se reporter à la Convention de Rome du 19 juin 1980 devenue le règlement communautaire Rome I.

S'agissant des questions d'autorité parentale, il conviendra de se référer au règlement Bruxelles II *bis* ainsi qu'aux conventions de La Haye de 1961 et de 1966.

S'agissant des obligations alimentaires, il conviendra, à défaut de contrat, de se reporter à la Convention de La Haye de 1973, à celle du 23 novembre 2007, au protocole du 23 novembre 2007 ou encore au règlement européen n° 4/2009 du 18 décembre 2008.

Lorsque le concubinage ne résultera pas d'un contrat, les effets patrimoniaux résultant de sa rupture pourront faire appel à des notions de société de fait ou encore d'enrichissement sans cause obéissant à leur propre loi.

La Cour de cassation quant à elle, dans un arrêt du 20 avril 2017 (116) concernant la liquidation d'une indivision entre concubins, a fait application du règlement Bruxelles I en affirmant que « le juge espagnol est seul compétent pour connaître d'un litige relatif à la propriété et au partage entre des résidents français, d'une indivision portant sur un immeuble situé en Espagne, de sorte que le juge français doit relever d'office son incompétence ».

(115) D.-L. n° 295, 24 juill. 1984.

(116) Cass. 1re civ., 20 avr. 2017, n° 16-16.983 : *JurisData* n° 2017-007211 ; *Dr. famille* juill.-août 2017, comm. A. Devers ; *JDI* 2018, 134, note V. Parisot.

Il faut noter que le notaire français se devra toujours d'être curieux, n'hésitant pas à poser des questions sur le mode de conjugalité des clients venus le consulter, afin de ne pas omettre des droits en faveur d'un concubin.

On imagine aisément le rôle important du notaire dans l'anticipation successorale. En effet, des concubins pensant hériter l'un de l'autre seront surpris d'apprendre qu'en France aucune vocation successorale n'existe en faveur du concubin et que s'il venait à hériter d'une disposition testamentaire, les droits de succession au taux de 60 % s'avéreront prohibitifs.

SOUS-TITRE II

Partenariats enregistrés

3082 Né au Danemark en 1989 (117), le partenariat enregistré a d'abord été conçu pour permettre aux couples homosexuels d'organiser leur vie commune et de bénéficier des dispositions patrimoniales jusqu'alors réservées aux couples mariés. Depuis cette date, une quarantaine d'États (118) a légiféré en la matière.

Ces partenariats sont très variés. Ils portent diverses appellations : le pacte civil de solidarité en France, le *civil partnership* en Grande-Bretagne, le contrat de vie commune en Allemagne, la cohabitation légale en Belgique, l'union civile au Québec, le partenariat enregistré en Suisse...

Certains sont ouverts à tous les couples et d'autres réservés aux couples de même sexe. Certains d'entre eux ont des points communs avec le mariage et d'autres diffèrent totalement. Certaines législations cantonnent les partenariats aux seules règles patrimoniales et d'autres leur reconnaissent aussi des effets personnels. Enfin le régime patrimonial peut aller de la séparation des biens à la communauté universelle et les effets fiscaux attachés au partenariat sont également très différents d'un pays à l'autre. Parfois le partenaire est héritier *ab intestat* de l'autre, parfois non.

L'adoption des enfants d'un partenaire par l'autre est admise dans certains États (Danemark, Islande, Norvège, Suède...). Les modalités de dissolution du partenariat sont également très variées : décision judiciaire au Royaume-Uni, en Suisse, en Islande ou en Suède, autorité administrative constatant la rupture au Danemark ou en Norvège, ou encore décision unilatérale comme en France ou en Belgique.

Récemment l'Allemagne, à la suite de l'adoption du mariage entre personnes de même sexe, a décidé de supprimer pour l'avenir (119) la possibilité de conclure un partenariat (120).

Le notaire français, acteur et conseiller à l'international, doit nécessairement se préoccuper de « l'exportation » d'un pacs français à l'étranger et de « l'importation » de partenariats étrangers en France.

Quelle sera la reconnaissance de ces partenariats dans les différents pays, quels effets juridiques pourront-ils produire ?

(117) L. nº 372, 14 juin 1989.
(118) M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 9e éd. 2018, nº 298, p. 175 dressant la liste des différents États.
(119) À compter du 1er octobre 2017.
(120) Site CNUE : www.notaries-of-europe.eu ; rubrique « Outils pratiques », « Couples en Europe ».

3083 La loi du 12 mai 2009 a créé une règle de conflit pour déterminer la loi applicable au partenariat en insérant dans le Code civil un article 515-7-1 qui soumet le partenariat à la loi de l'autorité qui a procédé à son enregistrement.

Ainsi, si les partenaires enregistrent un partenariat en France, seule la loi française sera applicable, et ce même si les partenaires sont de nationalité étrangère ou résident à l'étranger.

De même, si le partenariat est enregistré à l'étranger, ce sera cette loi étrangère qui s'appliquera. Le notaire devra donc la connaître et l'appliquer en France.

Un partenariat n'est pas un mariage. Le notaire devra donc au préalable opérer un travail de qualification.

Au niveau mondial, le partenariat n'a pas été défini. Aux termes du règlement (UE) nº 2016/1104 du 24 juin 2016, le partenariat est défini comme »le régime régissant la vie commune de deux personnes prévu par la loi, dont l'enregistrement est obligatoire en vertu de ladite loi et qui répond aux exigences juridiques prévue par ladite loi pour sa création« . En droit français, le pacs a été défini par l'article 515-1 du Code civil.

Entrent dans la catégorie du partenariat toutes les unions enregistrées qui ne sont pas des mariages.

3084 La diversité des législations internes est une source d'insécurité juridique. C'est pour y remédier qu'a été rédigé un règlement en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés. Ce règlement est très semblable dans sa structure et son contenu à celui régissant les régimes matrimoniaux. Toutefois, la Commission européenne a préféré disposer de deux instruments pour prendre en compte les spécificités de chaque type d'union : partenariat et mariage. En effet au sein des États membres de l'Union européenne, le mariage existe depuis des siècles mais seulement douze d'entre eux admettent le mariage entre personnes de même sexe. Le partenariat, quant à lui, est une institution beaucoup plus récente n'existant que dans vingt États membres.

Le règlement (UE) nº 2016/1104 du Conseil »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 d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés« est entré en application le 29 janvier 2019. Il régit les effets patrimoniaux des partenaires qui, après cette date, enregistrent ou désignent la loi applicable à leur partenariat.

Le notaire aura donc à connaître deux règles de conflit de lois contenues dans :
- l'article 515-7-1 du Code civil qui régit les conditions de formation et les effets des partenariats enregistrés quelque soit leur date et
- le règlement (UE) du 24 juin 2016 pour **les effets patrimoniaux** des partenariats enregistrés à compter du 29 janvier 2019 ; celui-ci s'appliquant également aux partenaires désignant la loi applicable à leur partenariat à compter de cette date.

CHAPITRE I Conditions de formation et effets des partenariats

3085 La loi du 15 novembre 1999 qui avait créé le pacte civil de solidarité n'avait pas pris en considération l'aspect international de la situation.

Le législateur a remédié à ce vide par la loi du 12 mai 2009 en insérant dans le Code civil une règle de conflit de lois en la matière. L'article 515-7-1 qui assoit cette nouvelle règle dispose : « Les conditions de formation et les effets d'un partenariat enregistré ainsi que les causes et les effets de sa dissolution sont soumis aux dispositions matérielles de l'État de l'autorité qui a procédé à son enregistrement ».

Il s'agit d'une règle bilatérale, ce qui signifie qu'elle peut désigner soit la loi française, soit la loi étrangère.

Sont exclus :
- le renvoi : il est appliqué la loi matérielle de l'État concerné et non ses propres règles de droit international privé ;
- le conflit mobile : en effet, il y a lieu de se placer au jour de l'enregistrement du partenariat pour déterminer la loi applicable à celui-ci.

3086 En vertu de l'article 515-7-1 du Code civil, le régime du partenariat enregistré diffère selon le lieu de son enregistrement. Dès lors, le notaire peut être confronté à deux hypothèses : le cas de deux personnes étrangères souhaitant conclure un partenariat en France et le cas de personnes ayant conclu un partenariat à l'étranger.

Section I Les partenariats enregistrés en France

3087 Le notaire peut avoir à connaître de deux situations présentant des éléments d'extranéité : la conclusion d'un pacte civil de solidarité dont l'un au moins des partenaires est de nationalité étrangère. Le caractère international de la situation peut résulter aussi du déplacement des partenaires à l'étranger. Ces deux situations seront exposées successivement.

Sous-section I La formation du partenariat enregistré en France

3088 L'article 517-7-1 du Code civil soumet « les conditions de formation (...) d'un partenariat enregistré (...) aux dispositions matérielles de l'État de l'autorité qui a procédé à son enregistrement ».

Il ne distingue donc pas entre conditions de forme et conditions de fond, soumettant le tout à une loi unique.

Si, pour les conditions de fond, cette solution n'est pas évidente **(§ I)**, la règle ne pose en revanche pas de difficulté d'application pour les conditions de forme **(§ II)**.

§ I Les conditions de fond

3089 Le partenariat n'obéit pas aux mêmes règles que le mariage. En matière de mariage en effet, si les conditions de forme sont soumises à la loi du lieu de célébration du mariage, les conditions de fond relèvent de la loi nationale des époux : il s'agit de conditions relevant du statut personnel (121).

S'agissant du partenariat, l'article 515-7-1 du Code civil n'établit pas cette distinction.

(121) V. *infra*, n° 3140.

Les conditions de fond relèvent donc par principe de la loi de l'enregistrement. Mais certaines conditions de fond sont tellement liées à la personne des partenaires qu'elles doivent être exclues de cette loi.

Le notaire rencontrera donc des situations où il appliquera la loi de l'État de l'enregistrement sans difficulté **(A)** et d'autres où il devra l'écarter **(B)**.

A/ Loi applicable

3090 La question de l'application de la loi de l'enregistrement se posera au notaire sollicité pour l'établissement d'un pacte civil de solidarité en présence de deux époux de nationalité étrangère. Devra-t-il au préalable vérifier que la loi nationale des époux reconnaît cette institution ?

La réponse est négative. En effet, si la loi française est applicable au titre de la loi de l'autorité qui procède à son enregistrement, alors il sera fait application de l'article 515-1 du Code civil qui prévoit qu'« un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ». La notion de nationalité n'est pas visée.

Ainsi, si deux étrangers souhaitent établir un partenariat en France, seule la loi française sera applicable même si la loi de la nationalité des partenaires ne connaît pas cette institution ou l'interdit pour des personnes de même sexe.

Le notaire attirera toutefois l'attention des partenaires sur l'éventuel refus de leur État d'origine de reconnaître cette union enregistrée en France, ce qui conduira à un partenariat boiteux.

En présence d'un État membre de l'Union européenne, cet inconvénient ne devrait pas exister. En effet, entre États membres, selon la méthode de la reconnaissance unilatérale, « il faudrait reconnaître une situation juridique en application des seules règles de l'ordre juridique dont elle est issue » (122).

Le notaire devra demander confirmation aux futurs partenaires qu'ils ne sont pas déjà engagés dans un partenariat qui aurait pu être conclu à l'étranger.

En effet, l'article 515-2 du Code civil dispose : « À peine de nullité, il ne peut y avoir de pacte civil de solidarité : (...) 3° entre deux personnes dont l'une au moins est déjà liée par un pacte civil de solidarité ».

Cet article vise sans doute les partenariats qui auraient été conclus à l'étranger (123).

Ce même article énonce d'autres empêchements à pacs, notamment relatifs à la parenté ou à l'alliance. Ainsi il ne pourra pas être établi en France de partenariat entre deux frères et sœurs belges même si leur loi nationale les y autorise.

B/ Exclusion de la loi de l'État de l'autorité qui a procédé à l'enregistrement

3091 Si, comme on l'a vu, la loi de l'enregistrement est prépondérante, il est toutefois des matières où elle doit s'effacer et céder sa place à d'autres lois.

Ce qui concerne la filiation, les obligations alimentaires et les successions relève d'autres règles de conflit de lois.

(122) E. Fongaro, *Droit international privé patrimonial de la famille*, LexisNexis, 2e éd. 2017, § 608.

(123) *L'enregistrement d'un pacte civil de solidarité entre deux personnes ayant déjà conclu un partenariat à l'étranger est impossible, la preuve de la condition de célibat posée par l'article 515-2 du Code civil ne pouvant être rapportée*, Rép. min. n° 28470 : *JOAN* Q 21 oct. 2008, p. 9073.

S'agissant des règles relatives à la capacité générale, la question se pose de savoir s'il y a lieu d'appliquer la loi personnelle ou la loi de l'enregistrement.

– Sur les règles de la majorité. – Pour déterminer si les partenaires sont majeurs, il y a lieu de respecter leur loi nationale : cela résulte de l'article 3, alinéa 3 du Code civil (124). Selon certains auteurs, il convient également de respecter la loi de l'État de l'autorité qui procède à l'enregistrement.

La délivrance d'un certificat de coutume établissant l'âge de la majorité tel qu'il est prévu par la loi étrangère et l'indication que l'intéressé est ou non majeur au vu de sa loi personnelle sont prévues par la circulaire du 5 février 2007 ; à défaut de certificat, il sera demandé suivant quels moyens de preuve la majorité peut être établie (125).

– Sur les majeurs vulnérables. – Bien que les partenariats soient exclus de la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes (126), les conditions exigées pour conclure un partenariat relèveront de la loi de la résidence habituelle de la personne vulnérable. Ainsi, la conclusion d'un partenariat sera éventuellement soumise à des autorisations judiciaires.

§ II Les conditions de forme

Le rattachement des conditions de forme à la loi de l'enregistrement pose moins de difficultés. **3092**

Les personnes pouvant procéder à l'enregistrement sont :
- depuis le 1er novembre 2017 : les officiers d'état civil ;
- les notaires ;
- à l'étranger : les consuls.

La possibilité pour le notaire de procéder à l'enregistrement d'un pacte civil de solidarité résulte de la loi du 28 mars 2011 et du décret du 20 août 2012.

Ainsi, si l'un des partenaires est de nationalité étrangère, le pacs est enregistré en France si sa résidence est en France ; si l'un des partenaires est Français et si la résidence commune est à l'étranger, le pacs peut être enregistré auprès des autorités diplomatiques et consulaires françaises (127).

– Publicité en marge de l'acte de naissance. – L'article 513-3-1 du Code civil prévoit qu'il est fait mention en marge de l'acte de naissance de la déclaration du pacte civil de solidarité :
- pour les étrangers nés en France : la publicité se fera auprès du service central de l'état civil de Nantes ;
- pour les étrangers nés à l'étranger : l'information sera portée auprès du service central d'état civil du ministère des Affaires étrangères à Nantes (128).

C'est à ce même greffe qu'il conviendra de s'adresser avant la conclusion du pacte pour obtenir un certificat attestant que l'étranger n'est pas déjà lié par un pacte civil de solidarité.

(124) *Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant à l'étranger*. Cette règle a été libéralisée.
(125) M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 9e éd. 2018, p. 186, § 319.
(126) En vigueur en France depuis le 1er janvier 2009.
(127) C. civ., art. 515-3.
(128) D. 6 mai 2017, entré en vigueur le 1er nov. 2017.

Le notaire et l'établissement d'un pacs en présence d'un ressortissant étranger

Lorsque le notaire établit un contrat de pacs, l'un des partenaires peut être de nationalité étrangère. Dans ce cas, des documents particuliers devront être sollicités :
- acte de naissance de moins de six mois, accompagné de sa traduction par un traducteur assermenté ou une autorité consulaire (ou acte de naissance international). Selon le pays, l'acte doit être revêtu de l'apostille ou légalisé ou en est dispensé ;
- certificat de coutume établi par les autorités compétentes ou la représentation diplomatique du pays étranger. Ce certificat indique la législation en vigueur de l'État et les pièces d'état civil étrangères prouvant que le partenaire est majeur, célibataire et juridiquement capable (129) ;
- certificat de non-pacs de moins de trois mois, délivré par le service central d'état civil du ministère des Affaires étrangères (Nantes) (130) ;
- pour les ressortissants étrangers résidant en France depuis plus d'un an, une attestation de non-inscription au répertoire civil (Nantes) pour vérifier l'absence de mention de tutelle ou de curatelle (131).

Il est précisé que, s'agissant de la résidence, les futurs partenaires devront déclarer avoir une résidence commune sans avoir à justifier de titres de séjour réguliers.
Formalité postérieure (132) : mention du pacs sur un registre tenu par le service central d'état civil du ministère des Affaires étrangères (Nantes).

Sous-section II Les effets du partenariat enregistré en France

§ I Effets en France

3093 À l'image de l'article 220 du Code civil, l'article 515-4, alinéa 2 (133), crée un véritable régime primaire applicable à tous les partenaires liés par un pacs ayant établi leur résidence commune en France quelle que soit leur nationalité.

Sur le plan patrimonial le pacs de droit français a des effets patrimoniaux tout à fait limités, notamment au regard du droit successoral puisque le partenaire n'est pas l'héritier légal de l'autre, contrairement à d'autres législations qui assimilent le partenaire à un conjoint marié et lui attribue une vocation successorale *ab intestat* (134). Depuis le 1er janvier 2009, l'article 515-6 du Code civil accorde seulement au partenaire survivant un droit d'habitation d'un an sur l'habitation principale en renvoyant à l'article 763 du Code civil, et le fait

(129) La circulaire du 5 février 2007 envisage le cas où le partenaire ne peut pas obtenir ce certificat : « Aussi, en l'absence d'établissement d'un certificat de coutume complet, le greffier [aujourd'hui l'officier d'état civil ou le notaire] doit demander au partenaire étranger de faire établir par les autorités de son pays un certificat qui précise *a minima* : – l'âge de la majorité tel qu'il est prévu par la loi étrangère et l'indication que l'intéressé est ou non majeur au vu de sa loi personnelle ; – si sa loi nationale connaît un régime de protection juridique des majeurs, et, le cas échéant, si l'intéressé a ou non la capacité juridique de conclure un contrat ».
(130) Avant le 1er novembre 2017, ce certificat était délivré par le tribunal de grande instance de Paris.
(131) Sur un plan pratique, une seule attestation est délivrée pour ces deux certificats.
(132) C. civ., art. 515-3-1.
(133) C. civ., art. 515-4, al. 2 : « Les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante. Toutefois, cette solidarité n'a pas lieu pour les dépenses manifestement excessives. Elle n'a pas lieu non plus, s'ils n'ont été conclus du consentement des deux partenaires, pour les achats à tempérament ni pour les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante et que le montant cumulé de ces sommes, en cas de pluralité d'emprunts, ne soit pas manifestement excessif eu égard au train de vie du ménage ».
(134) Danemark, Norvège, République tchèque, Suisse, Islande, Pays-Bas, Allemagne, Suède, Finlande, Slovénie, Croatie et Italie.

bénéficier des dispositions des articles 831, 831-2 et 832-4 relatives aux attributions préférentielles.

En vertu des articles 515-5 et suivants du Code civil, les partenaires peuvent opter pour un régime de séparation des biens ou d'indivision.

Les partenaires peuvent aussi, sous certaines conditions, choisir une loi étrangère qui leur permettra d'adopter le ou l'un des régimes prévus par cette loi. Ainsi, l'article 22 du règlement (UE) n° 2016/1104 permet aux partenaires de choisir la loi applicable aux effets patrimoniaux de leur partenariat enregistré ou en changer, pour autant que ladite loi attache des effets patrimoniaux à l'institution du partenariat enregistré et qu'il s'agisse de l'une des lois suivantes : loi de l'État dans lequel l'un des partenaires a sa résidence habituelle au moment du choix, loi de la nationalité de l'un des époux ou loi du lieu d'enregistrement du partenariat.

§ II Effets à l'étranger

Le notaire français ayant enregistré un pacte civil de solidarité en France entre Français ou étrangers devra envisager le cas où ses clients partent à l'étranger. **3094**

Selon les règles de droit français, tant les effets personnels du pacs que les effets sur le régime des biens continuent à s'appliquer.

Ainsi les règles relatives à « l'aide mutuelle et l'assistance réciproque » et « au principe de solidarité entre les partenaires à l'égard des tiers pour les dépenses contractées par chacun d'eux au titre des dépenses de la vie courante » visés à l'article 515-4 du Code civil continuent à s'appliquer.

De même, le régime des biens choisi par les partenaires (indivision ou séparation des biens) perdurera au-delà du passage des frontières.

Cette solution du droit français n'est toutefois pas celle adoptée par d'autres pays : ainsi, au Royaume-Uni, les effets du *civil partnership* remplacent les effets de l'État d'origine du partenariat, l'institution étrangère étant assimilée à l'institution britannique.

En pratique, le notaire rédacteur d'un pacte civil de solidarité pour des clients devant s'installer à l'étranger vérifiera les effets de celui-ci dans leur pays d'installation.

Il analysera les règles locales pour vérifier s'il y a lieu de rédiger le partenariat en France ou s'il semble préférable qu'il soit conclu à l'étranger.

En toute hypothèse, il sera de bonne pratique d'avertir les partenaires de l'opportunité, au moment de leur expatriation, de se renseigner sur le sort de leur pacs, afin de vérifier si celui-ci sera pris en compte dans l'État de leur nouvelle résidence.

Dans certaines situations, il conviendra même de s'abstenir de conclure un partenariat. En effet, il existe des pays qui prohibent cette institution : ce sont notamment les pays qui appliquent le droit musulman. Si les partenaires se rendent dans de tels pays, ils ne pourront pas acquérir ensemble un bien immobilier, leur situation juridique étant proscrite. On pourrait alors imaginer une solution qui consisterait à constituer une société dans laquelle les associés ne feraient pas mention de leur partenariat. **3095**

Section II Les partenariats enregistrés à l'étranger

Le notaire peut être amené à connaître des partenariats enregistrés à l'étranger. **3096**

Il s'agit des partenariats enregistrés à l'étranger par une institution étrangère. En effet, comme il a été précisé dans la section précédente, les partenariats passés dans les consulats français sont soumis à la loi française au titre de loi de l'enregistrement.

Sous-section I La reconnaissance en France des partenariats enregistrés à l'étranger

3097 L'article 515-7-1 du Code civil introduit la notion de partenariat enregistré. Ainsi, l'enregistrement par une autorité publique est un élément déterminant qui distingue d'un coté les partenariats enregistrés et de l'autre les simples concubinages (le certificat de concubinage ne valant pas partenariat enregistré). La circulaire du 26 mai 2009 (135) précise que cet article « n'a vocation à s'appliquer qu'aux partenariats enregistrés et non aux unions libres ou aux mariages homosexuels ».

Il faut s'assurer tout d'abord de leur reconnaissance en France avant de mesurer les effets qu'ils peuvent y avoir.

Sous-section II Les effets en France des partenariats enregistrés à l'étranger

3098 Le notaire peut être confronté à l'application d'un partenariat enregistré à l'étranger principalement lors de deux événements : lors d'une acquisition ou de la vente d'un bien en France, ou lors d'un décès avec application de la loi successorale française.

Dans ces deux cas, il devra vérifier la loi applicable aux partenaires **(§ I)**. Plus spécifiquement, lors d'un décès se posera le problème de la reconnaissance de ce partenariat par le droit fiscal français **(§ II)**.

§ I La loi applicable au régime des biens des partenaires

3099 La règle de conflit de loi française fait référence à la loi de l'autorité qui a enregistré le partenariat pour régir ses conditions et ses effets.

Pour apprécier la validité d'un partenariat enregistré à l'étranger et connaître ses effets, il faudra consulter la loi de l'autorité de l'État qui l'a enregistré ou, après l'entrée en application du règlement, la loi choisie par les partenaires. Ainsi, des Néerlandais ayant enregistré un partenariat aux Pays-Bas seront-ils soumis au régime légal néerlandais de la communauté universelle, à défaut de convention, et l'acquisition du bien situé en France par ces partenaires aura pour effet de rendre le bien commun. Le notaire devra en tenir compte notamment lors de la vente d'un bien immobilier en France qui aurait pu être acquis par un seul des partenaires et dont la cession devra être consentie par les deux partenaires.

Si les partenaires ont établi une convention partenariale, le notaire devra en prendre connaissance. Il est préférable de la faire traduite par un traducteur assermenté et d'annexer à l'acte la traduction légalisée.

(135) Circ. DACS n° 08-09, 26 mai 2009, relative à la présentation synthétique des principales dispositions de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.

§ II Les effets fiscaux

3100 La loi du 15 novembre 1999 instaurant le pacs avait créé l'article 779 du Code général des impôts en vertu duquel le partenaire bénéficiait d'un abattement de 46 000 € (136) sur l'assiette des droits de succession ou de donation. Cet article visait expressément le pacte civil de solidarité défini à l'article 515-1 du Code civil.

Ce régime de faveur nécessitait donc un pacte civil de solidarité établi en France, un partenariat enregistré à l'étranger ne pouvant pas en bénéficier.

Puis l'article 8 de la loi nº 2007-1223 du 21 août 2007 (137) a totalement exonéré de droits de succession le partenaire institué héritier, tout comme le conjoint survivant (138). Cette loi a également augmenté l'abattement sur la part reçue par un donataire, de son partenaire, à 80 724 € (139). Ces articles visent le « pacte civil de solidarité » sans mentionner l'article 515-1 du Code civil.

La question s'est posée de savoir si cette nouvelle formulation pouvait permettre aux partenariats conclus à l'étranger de bénéficier de ces nouvelles dispositions.

Une réponse positive a été donnée par une réponse ministérielle du 1er décembre 2009 (140), reprise par l'instruction administrative du 30 décembre 2009 (141).

Cette instruction accorde le régime de faveur aux partenariats enregistrés à l'étranger sous certaines conditions :

- le partenariat ne doit pas être contraire à l'ordre public. Par exemple en Belgique, le fait que le partenariat soit autorisé entre frères et sœurs est contraire à l'ordre public français. Si des partenaires frères et sœurs souhaitent bénéficier du régime de faveur, l'administration fiscale leur opposera l'interdiction posée par l'article 515-2 du Code civil ;
- les partenaires doivent fournir des justifications permettant de démontrer que leur partenariat est juridiquement assimilable à un pacs et qu'il a fait l'objet d'un enregistrement par une autorité compétente. L'administration fiscale assimile au pacs notamment quatorze partenariats étrangers (142) « sous réserve de la condition d'ordre public rappelée ci-dessus ».

Si le partenariat étranger ne figure pas dans cette liste, les partenaires peuvent prouver le régime juridique par tous moyens, notamment par la production d'un certificat de coutume. Il est aussi prévu que les partenaires étrangers puissent s'adresser au greffe de la juridiction de leur domicile afin que celui-ci atteste des effets de leur partenariat civil.

(136) Cet abattement avait été porté à 57 000 € à compter du 1er janvier 2002.
(137) Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat.
(138) CGI, art. 796-0 *bis*.
(139) CGI, art. 790 F.
(140) Rép. min. de Rugy nº 53004 : *JOAN* Q 1er déc. 2009, p. 11428.
(141) *BOI* 7 G-2-10, 13 janv. 2010. Cette instruction est prise suite à « l'article 1er de la loi nº 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures [qui] a introduit dans le Code civil une règle de droit international privé permettant aux partenariats civils conclus à l'étranger de produire leurs effets en France, sous réserve que ceux-ci ne soient pas contraires à l'ordre public ».
(142) Le *civil partnership* britannique ; le contrat de « cohabitation légale » ou *wettelijke samenwoning* belge ; le *registreret partnerskab* danois ; le *rekisteröidystä parisuhteesta / registrerat partnerskap* finlandais ; le *geregistreerd partnerschap* néerlandais ; le « partenariat légal » luxembourgeois ; le *eingetragene lebenspartnerschaft* allemand ; le *egistrovan partnerstir* tchèque ; le *registrirana istopolna partnerska skunopst* slovène ; le *u nio estable de parella* espagnol ; le *staofesta samvist* islandais ; le *registrert partnerskap* norvégien ; le *unio de facto* portugais ; le *registrerat partnerskap* suédois.

L'existence et la date d'enregistrement du partenariat civil conclu à l'étranger doivent être justifiées auprès du service des impôts compétent, lors du dépôt de la déclaration de succession, de l'acte de donation ou à l'occasion d'une déclaration de don manuel.

Concernant le partenariat suisse, le rescrit n° 2011/27 publié le 18 octobre 2011 affirme que les règles fiscales françaises concernant l'impôt sur le revenu « sont applicables dans les mêmes conditions aux partenaires liés par un partenariat enregistré en Suisse ». On pourrait peut-être en déduire que ce rescrit est susceptible de s'appliquer également aux droits de mutation à titre gratuit.

L'instruction précise que ce dispositif « s'applique aux successions ouvertes et aux donations consenties à compter du 22 août 2007 ».

3101 En matière d'impôt sur le revenu, l'article 6-1, alinéa 3 du Code général des impôts dispose que « les partenaires liés par un pacte civil de solidarité défini à l'article 515-1 du Code civil font l'objet, pour les revenus visés au premier alinéa, d'une imposition commune ».

Une instruction du 29 décembre 2009 (143) est venue comme pour les droits de mutation à titre gratuit assimiler les partenariats étrangers au pacs si certaines conditions sont remplies.

Ainsi, « lorsqu'un partenariat civil étranger est reconnu par le droit civil français sur le fondement de l'article 515-7-1 du Code civil ou sur le fondement d'une convention internationale, il est fait application, pour l'impôt sur le revenu, des mêmes règles que celles régissant la situation des partenaires liés par un pacs dès lors qu'il répond aux mêmes conditions que celui-ci ».

CHAPITRE II Le règlement (UE) du 24 juin 2016

3102 20 % des partenariats enregistrés dans l'Union européenne et 13 % des nouveaux mariages concernent des couples binationaux (144). Il devenait urgent pour l'Union européenne d'harmoniser les règles relatives tant aux partenariats qu'aux régimes matrimoniaux. Les deux règlements relatifs respectivement aux régimes matrimoniaux (145) et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés (146) ont été adoptés le 24 juin 2016 et sont rentrés en application le 29 janvier 2019.

Leur élaboration et leur adoption ont été longues et complexes. En effet, certains États craignaient que, par le biais d'une règle de droit international privé, ils se voient dans l'obligation de reconnaître des institutions juridiques non acceptées dans leur pays (notamment le partenariat ou le mariage homosexuel). À la fin de l'année 2015, il est apparu nécessaire de recourir à la procédure de coopération renforcée.

Le projet européen a dû prendre en considération la diversité des droits nationaux et laisser la liberté à chacun des pays de déterminer ses propres notions fondamentales de la famille.

(143) *BOI* 5 B-4-10, 13 janv. 2010.
(144) Source : Notaires d'Europe : *Les notaires d'Europe s'engagent pour 2020*.
(145) Cons. UE, règl. (UE) n° 2016/1103, 24 juin 2016.
(146) Cons. UE, règl. (UE) n° 2016/1104, 24 juin 2016.

Cette garantie du respect des conceptions propres à chaque État se matérialise dans l'article 9 du règlement nº 2016/1104 qui permet au juge normalement compétent et dont le droit interne ne reconnaît pas l'institution en cause de décliner sa compétence (147). Ce sera le cas des pays ne reconnaissant pas les partenariats homosexuels par exemple.

Comme il sera indiqué plus loin, le règlement ne porte que sur les effets patrimoniaux **3103** des partenariats enregistrés. Ainsi, pour toutes les règles relatives aux effets personnels des partenariats, le droit commun étudié dans le précédent chapitre continuera à s'appliquer.

À titre liminaire, il apparaît utile de déterminer quel est le champ d'application du règlement pour comprendre à quels partenaires et à quels effets des partenariats il s'applique. Puis il sera analysé les règles permettant de connaître quelle loi appliquer aux effets patrimoniaux des partenaires, ce qui intéresse tout particulièrement les notaires.

Section I Le champ d'application du règlement (UE) du 24 juin 2016

La règle de conflit de lois énoncée à l'article 515-7-1 du Code civil a été partiellement **3104** remplacée, à compter du 29 janvier 2019, par les dispositions du règlement (UE) nº 2016/1104 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 d'effets patrimoniaux uniquement des partenariats enregistrés (règlement « EPPE »).

L'objectif de ce règlement est « d'assurer la sécurité juridique des couples non mariés à l'égard de leurs biens et de leur offrir une certaine prévisibilité » (148) et de « permettre aux citoyens de profiter, en toute sécurité juridique, des avantages offerts par le marché intérieur » (149).

Quels sont seschamps d'application matériel **(Sous-section I)**, temporel **(Sous-section II)** et spatial **(Sous-section III)** ? C'est ce qui va être étudié maintenant.

Sous-section I Le champ d'application matériel

§ 1 La notion de « partenariat enregistré »

Afin de déterminer les contours de ce règlement, celui-ci définit la notion de « partenariat **3105** enregistré » comme étant « le régime régissant la vie commune de deux personnes prévu par la loi, dont l'enregistrement est obligatoire en vertu de ladite loi et qui répond aux exigences juridiques prévues par ladite loi pour sa création » (150).

Cependant, cette définition n'est établie qu'aux fins du règlement. Autrement dit, la définition de cette notion relève du droit interne des États membres, et « aucune disposition du présent règlement ne devrait imposer à un État membre dont la loi ne reconnaît

(147) Cons. UE, règl. (UE) nº 2016/1104, 24 juin 2016, art. 9, 1 : « Si la juridiction de l'État membre, compétente en vertu (...) considère que son droit ne prévoit pas l'institution du partenariat enregistré, elle peut décliner sa compétence. Lorsque la juridiction concernée décide de décliner sa compétence, elle le fait sans retard indu ».
(148) Règl. « EPPE », préambule, consid. 15.
(149) Règl. « EPPE », préambule, consid. 42.
(150) Règl. « EPPE », art. 3, § 1 a).

pas l'institution du partenariat enregistré de prévoir cette dernière dans son droit national » (151).

À titre d'illustration en droit comparé :
- parmi les États membres participants actuels, seuls six pays ne connaissent pas le partenariat enregistré (152) ;
- certains partenariats enregistrés – tel que le pacs français – ne reconnaissent que très peu de droits aux partenaires, contrairement à d'autres – tels les partenariats de droit néerlandais ou slovène pour ne citer qu'eux – qui accordent pratiquement les mêmes droits aux partenaires qu'aux époux.

§ II La notion « d'effets patrimoniaux »

3106 Le règlement ne concerne que les « **effets patrimoniaux** » et ne se substituera donc à l'article 515-7-1 du Code civil – applicable aux partenariats conclus avant le 29 janvier 2019 – que sur ce point (153).

À titre d'exemple, et de façon non exhaustive, l'article 27 du règlement énumère ses effets patrimoniaux ainsi qu'il suit :
« *a)* la classification des biens des deux partenaires ou de chacun d'entre eux en différentes catégories pendant et après le partenariat enregistré ;
b) le transfert de biens d'une catégorie à une autre ;
c) les obligations d'un partenaire qui découlent des engagements pris par l'autre partenaire et des dettes de ce dernier ;
d) les pouvoirs, les droits et les obligations de l'un des partenaires ou des deux partenaires à l'égard des biens ;
e) la division, la répartition ou la liquidation des biens après dissolution du partenariat enregistré ;
f) les incidences des effets patrimoniaux des partenariats enregistrés sur un rapport juridique entre un partenaire et des tiers ; et
g) la validité au fond d'une convention partenariale ».

3107 *A contrario*, l'article premier du règlement énonce les matières qui sont exclues de ce règlement. Par exemple, la succession d'un partenaire enregistré décédé sera régie par le règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012.

Il est important de souligner que les effets fiscaux ne sont pas régis par le règlement.

Sous-section II Le champ d'application temporel

3108 Ce règlement s'applique aux couples ayant enregistré un partenariat à partir du 29 janvier 2019 et aux couples ayant déjà enregistré un partenariat avant cette date mais qui désigneront une loi applicable aux effets patrimoniaux de leurs partenariats après cette date (154).

Les conflits de juridictions et de reconnaissance ou d'exécution des jugements concernant des partenariats enregistrés avant ou à partir du 29 janvier 2019 seront régis par le règlement du 24 juin 2006 dès lors que l'action sera intentée à compter du 29 janvier

(151) Règl. « EPPE », préambule, consid. 17.
(152) Bulgarie, Lettonie, Lituanie, Pologne, Roumanie, Slovaquie.
(153) Règl. « EPPE », art. 1er.
(154) Règl. « EPPE », art. 69, § 3.

2019 (155). Exceptionnellement, le règlement pourra aussi s'appliquer aux actions intentées avant le 29 janvier 2019. L'article 69, 2° prévoit que « si l'action engagée dans l'État membre d'origine a été intentée avant le 29 janvier 2019, les décisions rendues après cette date sont reconnues et exécutées conformément aux dispositions de chapitre IV, dès lors que les règles de compétence appliquées sont conformes à celles prévues par le chapitre II ».

Sous-section III Le champ d'application spatial

3109 Le règlement est obligatoire dans tous les États membres participants. Ce règlement s'applique dans les dix-huit États membres suivants : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, Chypre, la Croatie, l'Espagne, la Finlande, la France, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, le Portugal, la République tchèque, la Slovénie et la Suède. L'Estonie souhaite également participer à cette coopération.

Les règles de conflit de lois sont d'application universelle et ce règlement écarte toute possibilité de « morcellement » du régime patrimonial.

Ainsi le règlement s'applique que la loi désignée soit la loi d'un État membre participant, ou la loi d'un État membre non participant, ou la loi d'un État tiers à l'Union européenne.

Cependant, un tel morcellement pourra apparaître dans le cadre de la circulation des décisions si certains biens sont situés dans un État tiers et d'autres dans un État membre participant.

Selon Alain Devers, en complément de l'article 13, § 1 du règlement, « il aurait été judicieux de prévoir que lorsque la masse partenariale comprend des biens situés dans un État tiers, la juridiction saisie pour statuer sur les effets patrimoniaux peut, à la demande d'une des parties, décider de ne pas statuer sur l'un ou plusieurs de ces biens si l'on peut s'attendre à ce que la décision qu'elle rendrait sur les biens en question ne soit pas reconnue ou, le cas échéant, ne soit pas déclarée exécutoire dans ledit État tiers » (156).

3110 À l'inverse, les règles de conflit de juridictions et de reconnaissance ou d'exécution des jugements ne sont pas d'application universelle. Elles ne sont applicables que par les États membres de l'Union européenne qui ont participé à la coopération renforcée susvisée.

Ainsi le règlement sera applicable dès lors que le juge d'un de ces États sera compétent.

Section II La détermination de la loi applicable aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés

3111 Le considérant 48 du préambule du règlement n° 2016/1104 du 24 juin 2016 crée une hiérarchie entre le rattachement subjectif et le rattachement objectif dans la lignée des précédentes règles de droit international, faisant primer l'autonomie de la volonté. Ainsi les partenaires peuvent choisir – dans un cadre limité – la loi applicable aux effets patrimoniaux de leur partenariat enregistré.

(155) Règl. « EPPE », art. 69, § 1.
(156) A. Devers, *La loi applicable aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, Droit international privé : JCP* N 20 avr. 2018, n° 16, 1168.

C'est à défaut de choix par les partenaires que les règles de rattachement objectif s'appliqueront. L'analyse des rattachements suivra donc cette hiérarchie.

Ce considérant justifie cette hiérarchie par le but de « concilier la prévisibilité et l'impératif de sécurité juridique avec la nécessité de prendre en compte la vie menée par le couple ».

Les partenaires pourront donc avoir choisi la loi applicable aux effets patrimoniaux de leur partenariat enregistré : il s'agit d'un rattachement subjectif **(Sous-section I)**. À défaut de choix, il y aura lieu de déterminer la loi applicable : il s'agit là d'un rattachement objectif (ou non choisi) **(Sous-section II)**. Dans ces deux hypothèses, il faudra déterminer la portée de la loi applicable **(Sous-section III)** et préciser que le renvoi est exclu **(Sous-section IV)**.

Sous-section I Le rattachement subjectif (loi choisie)

3112 Le règlement « EPPE » du 24 juin 2016 autorise aux partenaires, à l'instar des autres règlements, un certain choix de loi en ce qui concerne les effets patrimoniaux de leur partenariat.

§ 1 Option ouverte aux partenaires enregistrés

3113 Les partenaires pourront désormais choisir la loi applicable à leur partenariat enregistré. Cependant, les partenaires ne bénéficient pas d'une autonomie totale.

En effet, l'article 22 du règlement n° 2016/1104 du 24 juin 2016 donne la possibilité aux partenaires ou futurs partenaires de désigner l'une des trois lois suivantes :

« *a)* la loi de l'État dans lequel au moins l'un des deux partenaires ou futurs partenaires à sa résidence habituelle au moment où la convention est conclue ;

b) la loi d'un État dont l'un des partenaires ou futurs partenaires à la nationalité au moment où la convention est conclue ; ou

c) la loi de l'État selon le droit duquel le partenariat enregistré a été créé ».

3114 Concernant la désignation de la loi nationale, des difficultés peuvent se présenter en pratique, car le règlement ne donne pas la solution dans le cas où l'un des partenaires a plusieurs nationalités.

En effet, à la différence du règlement (UE) n° 650/2012 sur les successions internationales (157), l'hypothèse de la plurinationalité n'est pas évoquée, ce qui pose un problème d'interprétation.

Certains auteurs considèrent que lorsque les partenaires ont plusieurs nationalités, la loi de chacune d'elles peut être choisie (158). Ainsi Amélie Panet indique : « Même si le règlement est moins clair que l'article 22 du règlement succession sur la question, il évoque bien dans son considérant 49 "le plein respect des principes généraux du droit de l'Union". Ainsi, les solutions *Garcia Avello* (CJCE, 2 oct. 2003, aff. C-148/02) et *Hadadi* (CJCE, 16 juill. 2009, aff. C-168/08) semblent avoir vocation à jouer ici : plus les partenaires seront dotés de nationalités différentes, plus ils auront une palette de choix étendue » (159).

(157) Dans le règlement »Successions« , la plurinationalité de l'intéressé permet de démultiplier les lois pouvant être désignées pour régir la succession.

(158) M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 2018, § 600. Cela est exprimé par la formule « la loi d'un État ».

(159) A. Panet, *Partenariats enregistrés - La loi applicable aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés : Dr. famille* mai 2013, n° 5, dossier 33.

D'autres auteurs (160) estiment qu'il faut consulter le préambule du règlement pour répondre à cette question. Le considérant 49 expose en effet que « (...) la question de savoir comment considérer une personne possédant plusieurs nationalités constitue une question préalable qui n'entre pas dans [le] champ d'application [du règlement] et devrait relever du droit national (...) ». Ce même considérant indique que : « Cette question ne devrait pas influencer la validité du choix de la loi applicable effectué conformément au présent règlement ».

Ainsi, on devrait pouvoir distinguer trois cas en droit français :
- si le partenaire a la nationalité de deux États membres de l'Union européenne : il devrait pouvoir choisir l'une ou l'autre de ses nationalités (161) ;
- si le partenaire a la nationalité d'un État membre de l'Union européenne et d'un État tiers : on devrait faire prévaloir la nationalité européenne (162) ;
- si le partenaire a la nationalité de deux États tiers : il devrait être fait application de la nationalité la plus effective.

Si les partenaires choisissent une loi étrangère, il y aura lieu de bien vérifier au préalable que celle-ci confère des effets patrimoniaux au partenariat. Le notaire devra donc se pencher sur la loi matérielle de l'État retenu (163). **3115**

§ II La forme de la désignation de la loi applicable

L'article 23 du règlement n° 2016/1104 du 24 juin 2016 portant sur la « validité quant à la forme de la convention sur le choix de la loi applicable » impose des règles formelles minimales : un écrit daté et signé par les deux partenaires. **3116**

Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite.

Cet article impose en outre une exigence supplémentaire: il faut distinguer selon la résidence habituelle des partenaires dans un ou plusieurs États membres participants au moment de la conclusion de leur convention ainsi qu'il suit :

« 2. Si la loi de l'État membre dans lequel les deux partenaires ont leur résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention prévoit des règles formelles supplémentaires pour les conventions partenariales, ces règles s'appliquent.

3. Si, au moment de la conclusion de la convention, les partenaires ont leur résidence habituelle dans des États membres différents et si les lois de ces États prévoient des règles formelles différentes pour les conventions partenariales, la convention est valable quant à la forme si elle satisfait aux conditions fixées par l'une de ces lois.

4. Si, au moment de la conclusion de la convention, seul l'un des partenaires a sa résidence habituelle dans un État membre et si cet État prévoit des règles formelles supplémentaires pour les conventions partenariales, ces règles s'appliquent ».

Ainsi, lorsqu'un pacs est enregistré en France entre deux partenaires résidant en Belgique au moment de la convention, la forme notariée sera requise pour de l'établissement de celle-ci (164).

(160) Professeur Cyril Nourissat.
(161) CJUE, 16 juill. 2009, aff. C-168/08, *Hadadi*.
(162) CJCE, 7 juill. 1992, aff. C-369/90, *Micheletti*.
(163) Pour les États membres de l'Union européenne, V. le site Couples en Europe : www.coupleseurope.eu.
(164) www.notaire.be/se-marier-vivre-ensemble/la-cohabitation-legale/contrat-de-cohabitation-legale : « Forme du contrat de cohabitation légale. La convention doit être passée devant notaire. Un simple contrat signé entre deux cohabitants ne suffit donc pas ; ».

§ III Le moment du choix

3117 La loi applicable peut être désignée avant, pendant, ou après l'enregistrement du partenariat (165). Mais le règlement ne précise pas si la désignation ou le changement de loi applicable doit obligatoirement résulter des dispositions de la convention partenariale ou de la modification de cette convention, ou si même elle doit être expresse.

Par exemple, on ne sait pas si le fait qu'un partenaire déclare dans un acte de vente que les effets patrimoniaux de son partenariat enregistré sont soumis à une certaine loi est qualifié de désignation de loi applicable au sens du règlement. Par prudence, il convient de retenir la même règle qu'en matière de régimes matrimoniaux et de privilégier un acte établi spécifiquement à cet effet.

L'article 24, § 2 (166) du règlement n° 2016/1104 du 24 juin 2016 permet d'écarter la loi désignée si l'un des partenaires conteste son consentement à ce choix : il peut demander d'appliquer la loi de sa résidence habituelle « s'il ressort des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de ce partenaire conformément » à la loi choisie.

Cependant, en pratique, le notaire instrumentaire d'une convention partenariale veillera à insérer une clause de désignation expresse de la loi applicable. À défaut d'acte notarié, si les partenaires souhaitent être liés par un pacs sous signature privée en France, ils pourront remplir le formulaire Cerfa n° 15726*02 au sein duquel ils doivent indiquer quel régime ils choisissent et sur lequel est fait mention expresse des articles 515-1 à 515-7-1 du Code civil, sauf ce qui a été dit précédemment (167).

§ IV Les effets d'un changement de loi applicable

3118 Si les partenaires désignent une loi applicable ou modifient la loi applicable après l'enregistrement de leur partenariat, le principe est celui de la non-rétroactivité de la désignation de la loi applicable, énoncé à l'article 22, § 2 du règlement n° 2016/1104 du 24 juin 2016.

Cependant, les partenaires enregistrés peuvent en convenir autrement et stipuler dans la déclaration de loi applicable que cette désignation aura un effet rétroactif à compter de l'enregistrement de leur partenariat (168), sans pour autant que cette rétroactivité puisse porter atteinte aux droits des tiers (169).

Le règlement ne précise pas si l'acte de désignation de la loi applicable doit comporter ou non une liquidation du régime patrimonial antérieur en l'absence de rétroactivité. Quand cela est nécessaire, il est conseillé de procéder à cette liquidation tant que cette question reste en suspens.

(165) Règl. « EPPE », préambule, consid. 44.

(166) Art. 24. Consentement et validité au fond : « 1. L'existence et la validité d'une convention sur le choix de la loi ou de toute clause de celle-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu de l'article 22 si la convention ou la clause était valable. 2. Toutefois, pour établir son absence de consentement, un partenaire peut se fonder sur la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle au moment où la juridiction est saisie s'il ressort des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de ce partenaire conformément à la loi visée au paragraphe 1 ».

(167) V. *supra*, § II.

(168) Règl. « EPPE », art. 22, § 2.

(169) Règl. « EPPE », art. 22, § 3.

Pour éviter cette liquidation, et le cas échéant un partage des biens qui pourrait entraîner une taxation, le notaire pourra éventuellement conseiller aux partenaires de stipuler dans la désignation que cette dernière a un effet rétroactif.

§ V L'opposabilité aux tiers

3119 Selon l'article 28, 2 du règlement n° 2016/1104 du 24 juin 2016, le rattachement subjectif n'est opposable aux tiers dans le cadre d'un litige que s'ils ont eu connaissance ou auraient dû avoir connaissance de cette loi. Cet article vise l'ignorance excusable des tiers, et énonce les situations dans lesquelles le tiers est « réputé » avoir connaissance de la loi applicable aux effets patrimoniaux.

Le paragraphe 3 de cet article distingue l'objet du différend afin de déterminer la loi applicable à l'égard des tiers si la loi désignée n'est pas applicable :

« 3. Lorsque la loi applicable aux effets patrimoniaux d'un partenariat enregistré ne peut être opposée par un partenaire à un tiers en vertu du paragraphe 1, les effets patrimoniaux du partenariat enregistré à l'égard du tiers sont régis :

a) par la loi de l'État dont la loi est applicable à la convention conclue entre l'un des partenaires et le tiers ; ou

b) dans des dossiers portant sur des biens immeubles ou des biens ou des droits enregistrés, par la loi de l'État dans lequel le bien immeuble est situé ou dans lequel les biens ou les droits sont enregistrés ».

Le rôle du notaire prend donc ici toute son importance : il lui revient d'informer le tiers contractant de la désignation de la loi applicable aux effets patrimoniaux des partenaires avec qui il contracte, et d'informer les partenaires des conditions d'opposabilité aux tiers de la désignation de loi.

Ainsi, lors d'un acte de vente immobilière, le notaire devra mentionner la loi applicable aux effets patrimoniaux du partenariat enregistré afin que le cocontractant ne puisse pas invoquer la méconnaissance de cette loi.

Sous-section II Le rattachement objectif (en l'absence de choix de loi)

3120 Comment procéder si les parties n'ont pas désigné de loi applicable aux effets patrimoniaux de leur partenariat enregistré ?

Cette situation peut se présenter dans certains pays – tels que la Belgique ou le Luxembourg – où la convention partenariale portant sur les effets n'est pas obligatoire.

Par ailleurs, les conventions partenariales qui ne sont pas passées par acte authentique sont soumises au risque de perte par les partenaires et, dans cette hypothèse, il sera difficile de prouver que ceux-ci avaient désigné une loi applicable.

§ I Principe : application de la loi de l'État de l'autorité de l'enregistrement

3121 En vertu de l'article 26 du règlement n° 2016/1104 du 24 juin 2016, la loi applicable aux effets patrimoniaux aux partenariats enregistrés est la loi « de l'État selon la loi duquel le partenariat enregistré a été créé », c'est-à-dire la loi de l'autorité de l'État qui enregistre le partenariat.

Il s'agit donc de prendre en compte l'autorité locale ou bien l'autorité diplomatique. Cette règle régissait déjà la plupart des États, dont la France en son article 515-7-1 du Code civil.

Ce critère de rattachement permet d'éviter qu'une loi qui ne donne aucun effet aux partenariats enregistrés ou les prohibe soit applicable.

Le notaire devra donc être vigilant lorsque ses clients lui présenteront un partenariat enregistré à l'étranger : s'il a été enregistré par le consulat français dans un pays étranger, c'est la loi française qui s'appliquera, le partenariat ayant été créé en application de cette loi.

§ II Exception : application de la loi de la dernière résidence habituelle commune

3122 Dans certains cas, ce rattachement de principe pourra être remplacé par un rattachement exceptionnel. En effet, l'article 26, 2 du règlement n° 2016/1104 du 24 juin 2016 dispose :

« 2. À titre exceptionnel et à la demande de l'un des partenaires, l'autorité judiciaire compétente pour statuer sur des questions relatives aux effets patrimoniaux d'un partenariat enregistré peut décider que la loi d'un État autre que l'État dont la loi est applicable en vertu du paragraphe 1 régit les effets patrimoniaux du partenariat enregistré si la loi de cet autre État attache des effets patrimoniaux à l'institution du partenariat enregistré et si le partenaire qui a fait la demande démontre que :

a) les partenaires avaient leur dernière résidence habituelle commune dans cet autre État pendant une période d'une durée significative ; et

b) les deux partenaires s'étaient fondés sur la loi de cet autre État pour organiser ou planifier leurs rapports patrimoniaux. La loi de cet autre État s'applique à partir de la date de création du partenariat enregistré, à moins que l'un des partenaires ne s'y oppose. Dans ce dernier cas, la loi de cet autre État produit ses effets à partir de la date de l'établissement de leur dernière résidence habituelle commune dans cet autre État.

L'application de la loi de l'autre État ne porte pas atteinte aux droits des tiers résultant de la loi applicable en vertu du paragraphe 1.

Le présent paragraphe ne s'applique pas lorsque les partenaires ont passé une convention partenariale avant la date de l'établissement de leur dernière résidence habituelle commune dans cet autre État ».

Si le juge saisi fait droit au demandeur, c'est la loi de la dernière résidence habituelle des partenaires qui s'applique. Ainsi, tant le juge que le notaire français peuvent être amenés à appliquer la loi d'un autre État régissant les effets patrimoniaux d'un partenariat enregistré. La décision judiciaire étrangère rendue en ce sens dans un autre État membre sera reconnue en France sans procédure particulière (170).

Cette substitution rétroagit à la date de « création du partenariat enregistré ». Cependant, si l'un des partenaires s'y oppose, la loi de la dernière résidence habituelle commune ne s'appliquera qu'à compter de la date de l'établissement de cette dernière résidence.

Le notaire devra donc informer les partenaires de cette disposition et leur conseiller de conclure une convention pour déterminer la loi applicable afin d'éviter la substitution. Toutefois, selon l'article 26 du règlement, il faut que cette convention soit conclue « avant la date d'établissement de leur dernière résidence habituelle commune ».

(170) Règl. « EPPE », art. 36-1°.

Sous-section III La portée de la loi applicable

§ I Principe : unicité de la loi applicable

3123 En vertu de l'article 27 du règlement nº 2016/1104 du 24 juin 2016, la loi applicable porte sur l'ensemble des biens des partenaires. Ce principe de permanence du rattachement était déjà consacré par l'article 515-7-1 du Code civil.

§ II Limite tenant aux lois de police

3124 Le règlement précise que la loi applicable ne doit pas porter « atteinte à l'application des lois de police du juge saisi » (171).

Ainsi, si un notaire est chargé de la liquidation des effets patrimoniaux de partenaires hors cadre judiciaire, les lois de police ne devraient pas s'appliquer. Par ailleurs, ce sont seulement les lois de police du juge saisi qui devront s'appliquer et non les lois de police étrangères.

Le considérant 52 du préambule du règlement nº 2016/1104 du 24 juin 2016 énonce à titre d'illustration que « la notion de "lois de police" devrait englober des règles à caractère impératif telles que celles relatives à la protection du logement familial ». La différence entre le règlement « Successions » et le règlement « EPPE » réside dans le fait que le premier permet d'appliquer les lois de polices étrangères et pas seulement celles de l'État du juge saisi, contrairement au second.

§ III Limite tenant à l'ordre public

3125 Le second obstacle au principe d'unicité de la loi applicable est l'ordre public international. En effet, l'article 31 du règlement nº 2016/1104 du 24 juin 2016 énonce que la désignation de la loi ne peut être opposable si elle est « manifestement incompatible avec l'ordre public du for ». Le considérant 53 précise que « dans des circonstances exceptionnelles, des considérations d'intérêt public devraient également donner aux juridictions et aux autres autorités compétentes des États membres chargées du règlement des effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » la possibilité d'opposer l'ordre public pour écarter la loi par principe applicable.

Cependant, l'exception d'ordre public opposée dans le cadre de l'article 31 du règlement ne devra pas être contraire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (172), et notamment au principe de non-discrimination énoncé à son article 21.

Sous-section IV L'exclusion du renvoi

3126 Comme pour les régimes matrimoniaux à compter du 29 janvier 2019, le renvoi est exclu par le règlement (173).

Il ne doit donc être fait application que des règles matérielles internes de la loi désignée à l'exclusion des règles de droit international privé.

(171) Règl. « EPPE », art. 30.
(172) Règl. « EPPE », préambule, consid. 53.
(173) Règl. « EPPE », art. 32.

Ainsi, deux partenaires de nationalité française ayant conclu un partenariat à l'étranger verront appliquer cette loi étrangère aux effets de leur partenariat, et ce même si cette loi étrangère renvoie à la loi nationale commune des partenaires.

Au vu de l'ensemble de ces règles, on s'aperçoit qu'il peut y avoir un éclatement du régime du partenariat enregistré entre différentes lois. Par exemple, pour une situation après le 29 janvier 2019, des Français ont enregistré leur partenariat au Portugal au moment où ils vivaient en Autriche. Ils ont désigné, lors de la signature de leur partenariat, la loi autrichienne comme loi applicable à leurs effets patrimoniaux, conformément à l'article 22 du règlement n° 2016/1104, 24 juin 2016. Ils déménagent ensuite en France, et le partenariat est rompu par le décès de l'un d'eux. Trois lois seraient donc applicables en l'espèce :

- loi applicable aux effets personnels : conformément à l'article 515-7-1 du Code civil, c'est la loi du lieu d'enregistrement qui est applicable, soit la loi portugaise ;
- loi applicable aux effets patrimoniaux : s'ils ont valablement désigné la loi applicable, c'est la loi autrichienne qui s'applique (174) ;
- lois de police françaises : elles peuvent être applicables, notamment concernant la protection du logement du partenaire survivant.

TITRE II

Les couples mariés

3127 Tous les pays connaissent l'institution du mariage. Toutefois, malgré ce caractère d'universalité, le particularisme des législations nationales est très présent. En effet, chaque droit national est influencé par ses propres concepts issus de ses traditions, ses mœurs, sa religion...

Les modalités de formation du mariage ainsi que ses effets varient d'un pays à l'autre : union civile ou religieuse, reconnaissance ou non du mariage homosexuel...

Les lois internes régissant les régimes matrimoniaux sont de même très diverses : de façon très schématique, les pays anglo-saxons et de droit islamique connaissent un régime assimilable à celui de la séparation de biens et les pays de droit latin s'orientent vers des régimes de type communautaire.

À cela s'ajoute la multiplication des couples présentant un élément d'extranéité dû au déplacement des individus : chaque année, trois millions d'Européens choisissent d'aller étudier à l'étranger grâce au programme *Erasmus*. Il arrive que de jeunes couples internationaux »se constituent« et décident de se marier.

(174) Règl. « EPPE », art. 22, § 1.

Selon des chiffres publiés dans *Le Monde* (175), la part des couples formés par des Français et des étrangers a plus que doublé en quarante ans : les couples mixtes représentent 14,3 % des mariages célébrés en 2015 (176).

En 2014, la part des mariages entre étrangers représentait un peu plus de 3 % des mariages en France.

Ces quelques données justifient que le notaire s'interroge sur la validité de ces mariages transfrontaliers et sur les régimes matrimoniaux qui en découlent.

SOUS-TITRE I

Le mariage

3128 Si le notaire n'intervient pas directement dans la célébration du mariage, il peut être consulté par des clients qui épousent une personne de nationalité étrangère. Il doit être à même de leur indiquer sous quelle forme leur mariage peut être célébré et les formalités à respecter **(Chapitre I)**. Le statut des personnes mariées entraîne en outre des conséquences, notamment au regard du régime primaire impératif dont il y a lieu de vérifier s'il s'applique à tous les époux résidant sur le territoire français quelle que soit leur nationalité **(Chapitre II)**.

CHAPITRE I La validité du mariage

3129 Au moment de prendre en considération un mariage, qu'il soit célébré en France entre des étrangers ou à l'étranger entre Français ou étrangers, il convient de s'interroger sur la validité de cette union.

Le notaire devra être très attentif lorsqu'il se trouvera face à des mariages célébrés à l'étranger qui pourraient encourir la nullité, tels que le mariage polygamique ou encore en présence d'un époux mineur : en effet, pour qu'il y ait un régime matrimonial et le statut de conjoint, il faut un mariage valable.

Le notaire ne peut pas de son propre chef écarter un mariage qu'il tiendrait pour non valable, en arguant par exemple qu'il est contraire à l'ordre public.

S'il détecte une anomalie, dans le cas par exemple d'un mariage polygamique, il ne pourra pas l'écarter : il n'est pas juge de la situation. Ne pouvant toutefois pas ignorer le risque qui pèse sur cette union, il devra alerter les « époux » sur les « vices » qui entachent leur union et tenter de trouver des solutions dans le cas où le mariage serait annulé.

(175) R. Dimitrova et C. Charpentier, *Saint-Valentin 2017 : cinq chiffres sur l'état de santé du couple en France : Le Monde* 14 févr. 2017.

(176) Source Insee : 236 300 mariages célébrés en France en 2015, dont 33 800 mariages mixtes.

Ce principe de validité a été affirmé par la Cour de cassation envers une caisse d'assurance maladie (177), puis une caisse d'assurance retraite (178).

La Cour de cassation a dans ces deux cas précisé que l'annulation ne pouvait être l'œuvre que d'un juge français ou d'une autorité étrangère.

Il faut toutefois noter que le mariage d'une Française avec un homme déjà marié, dans le cadre d'une union polygame, ne pourra pas produire effet.

3130 Dans un cas cependant, le notaire ne devra pas faire produire effet au mariage. C'est celui où (après le 1er janvier 2007) le mariage n'aurait pas été transcrit sur les registres de l'état civil français. En effet, dans cette situation, l'article 171-5 du Code civil considère le mariage inopposable (179).

Le notaire devra en informer les époux et leur conseiller d'effectuer rapidement les formalités de transcription.

En droit international privé, le mariage n'est pas soumis à une loi unique mais donne lieu à un « dépeçage » suivant l'aspect juridique en cause. Les conditions de forme relèvent de la loi de l'État du lieu de célébration du mariage, sous réserve de l'application de la loi nationale (dans l'hypothèse d'un mariage consulaire) et du formalisme à accomplir afin de rendre opposable en France un mariage célébré à l'étranger (**Section I**).

Quant aux conditions de fond, elles sont en principe soumises à la loi nationale des époux en vertu de l'article 202-1 du Code civil. Cette règle de principe simple devra être adaptée en présence de mariages mixtes, polygamiques ou de personnes de même sexe (**Section II**). Certaines unions présentent des particularités : ce sont les mariages entre personnes de même sexe **(Section III)** et les mariages polygamiques **(Section IV)**.

Section I Les conditions de forme : le lieu de célébration du mariage

3131 Le notaire peut avoir à connaître de trois cas de mariage présentant un élément d'extranéité.

Le mariage peut être conclu :
- par des étrangers en France ;
- ou par des Français au consulat de France à l'étranger ;
- ou par des étrangers à l'étranger.

3132 Pour le mariage célébré en France, même entre deux étrangers, il y a lieu de respecter impérativement les conditions de forme prescrites par la loi française.

(177) Cass. 2e civ., 14 févr. 2007, no 05-21.816 : M. X., de nationalité algérienne, s'était marié en Algérie en 1941 avec une première épouse puis en 1959 avec une seconde épouse. Lors de son décès, les deux épouses ont demandé une pension de réversion à la Caisse de mutualité sociale agricole. Celle-ci l'a refusée à la seconde épouse en arguant du fait que « seule, la première union contractée par le *de cujus* pouvait être reconnue au regard du droit français ». La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel de reconnaître valable le second mariage « en l'absence de jugement ayant prononcé l'annulation du second mariage de Mme Tassadit Z... ».

(178) Cass. 2e civ., 5 nov. 2015, no 14-25.565 : M. Y., de nationalité française, avait contracté deux mariages. Le premier en 1964 avec une Française et le second en 1988 avec une Algérienne. La difficulté provenait du fait que le premier mariage avait été dissous par divorce seulement en 2007, soit après la célébration du second mariage. Lors du décès de M. Y., la seconde épouse sollicite la caisse de retraite pour le versement d'une pension de réversion. La cour d'appel de Rouen lui dénie la qualité de conjoint survivant au motif qu'« un mariage bigame célébré entre un Français et une Algérienne est nul ». La Cour de cassation casse toutefois cet arrêt en précisant qu'« en privant d'effet le mariage toujours valide conclu entre Mme Zohra X... et M. Y..., la cour d'appel a violé l'article L. 353-1 du Code de la sécurité sociale ; ».

(179) V. *infra*, no 3139.

Ainsi :
- deux étrangers peuvent valablement se marier en France, selon la forme française, et ce même en violation de leur loi nationale (180) ;
- deux étrangers ne peuvent pas valablement se marier en France selon la forme (privée ou religieuse) prescrite par leur statut personnel.

Cette règle étant rappelée, il va être étudié les conditions de forme des mariages célébrés hors du territoire français, c'est-à-dire tant au consulat de France qu'à l'étranger. 3133

C'est le nouvel article 171-1 du Code civil (en vigueur au 1er janvier 2007) qui fixe les conditions de validité des mariages célébrés à l'étranger :

« Le mariage contracté en pays étranger entre Français, ou entre un Français et un étranger, est valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays de célébration et pourvu que le ou les Français n'aient point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre Ier du présent titre.

Il en est de même du mariage célébré par les autorités diplomatiques ou consulaires françaises, conformément aux lois françaises.

Toutefois, ces autorités ne peuvent procéder à la célébration du mariage entre un Français et un étranger que dans les pays qui sont désignés par décret ».

Sous-section I Mariage au consulat

§ I Époux de nationalité française

Si les futurs époux sont tous deux de nationalité française, ils peuvent opter pour un mariage auprès de l'ambassade ou du consulat de France. Les formalités seront pour eux simplifiées : notamment la transcription sur les registres de l'état civil français sera effectuée automatiquement. 3134

En principe, ce mariage sera reconnu valable dans le pays étranger. Toutefois, certains États ne reconnaissent pas aux autorités diplomatiques le droit de célébrer des mariages sur leur territoire, ce qui est le cas par exemple de la Suisse (181), du Royaume-Uni (182) et des États-Unis (183).

(180) Cass. civ., 22 juin 1955, *Caraslanis*. Deux époux, l'un Français et l'autre Grec, se marient à Paris en 1931. Lors de la rupture de cette union, l'époux grec soutenait « que le mariage était inexistant, l'Église orthodoxe, à laquelle appartenait Caraslanis, imposant comme condition indispensable à la constitution légale du mariage, la célébration par un prêtre orthodoxe, exigence de fond n'ayant pas été respectée en l'espèce ». La Cour de cassation a précisé que le fait de savoir si un élément de la célébration du mariage constitue un élément de fond ou de forme doit être tranché par le juge français selon les conceptions du droit français. Or selon notre droit, le caractère religieux ou laïc du mariage est une question de forme. Ainsi « en conséquence, le mariage civil contracté en France par les époux Caraslanis-Dumoulin était valable conformément à la règle *locus regit actum* ».

(181) Site du consulat de France à Genève : L'ordre public suisse interdit au consulat général de dresser des actes. Le service de l'état civil n'est habilité qu'à transcrire les actes d'état civil dressés par les autorités locales dans sa circonscription consulaire. Le consul général de France à Genève ne peut donc célébrer le mariage de deux Français, il ne pourra que transcrire l'acte de mariage établi par les autorités suisses.

(182) Site du consulat de France à Londres : En vertu de la convention consulaire franco-britannique du 31 décembre 1951, le consulat général de France à Londres est seulement autorisé à transcrire les actes de mariages célébrés par les autorités britanniques.

(183) Site de l'ambassade de France à Washington D.C. : Les représentations diplomatiques et consulaires françaises aux États-Unis ne sont pas autorisées à célébrer les mariages.

Dans ces pays, les futurs époux n'auront donc pas d'autre choix que de s'unir selon les formes locales en vigueur.

§ II Couples mixtes

3135 La compétence des consulats repose en principe sur la nationalité française des deux époux.

Si seulement l'un des époux est de nationalité française, ceux-ci n'ont en principe pas la faculté de se marier auprès de l'ambassade ou du consulat de France sauf dans certains pays.

En effet l'article 171-1, alinéa 3 du Code civil précise que les autorités diplomatiques ou consulaires françaises « ne peuvent procéder à la célébration du mariage entre un Français et un étranger que dans les pays qui sont désignés par décret ».

La liste de ces pays est limitativement fixée par deux décrets qui visent quatorze pays (184).

Cette possibilité a été introduite essentiellement dans des pays où le mariage selon les formes locales impose une conversion religieuse. Comme le fait remarquer le garde des Sceaux dans la circulaire du 22 juin 2010 relative à la lutte contre les mariages simulés (185), « il s'agit notamment d'États où le mariage, selon la loi locale, prend une forme obligatoirement religieuse, si bien qu'à défaut d'une autorisation de mariage par les autorités diplomatiques ou consulaires, les ressortissants français seraient contraints à se soumettre ou à se convertir à une confession que ne recueillerait pas leur adhésion ».

Pour le ministère des Affaires étrangères, une modification de ces décrets pourrait être envisagée. Il pourrait notamment être supprimé de la liste la zone internationale de Tanger qui n'existe plus depuis 1956, date d'accession du Maroc à la souveraineté.

Sous-section II Mariage à l'étranger

§ I Mariage en la forme locale

3136 Il est également possible pour un Français de se marier à l'étranger devant l'autorité étrangère compétente.

Ce sont les articles 171-1 (186) et 202-2 du Code civil (187) qui le prévoient.

3137 La loi locale est reconnue compétente quelles que soient les formes utilisées dans le pays concerné : forme civile, forme religieuse et même mariage réalisé sous forme de cérémonie privée.

(184) D. 26 oct. 1939 complété par un décret du 15 décembre 1958. Ces pays sont les suivants : Afghanistan, Arabie saoudite, Cambodge, Chine, Égypte, Irak, Japon, Laos, Liban, Maroc (zone de Tanger), Oman (Mascate), Syrie, Thaïlande, Yémen.

(185) Circ. n° CIV/09/10, 22 juin 2010.

(186) C. civ., art. 171-1 : « Le mariage contracté en pays étranger entre Français, ou entre un Français et un étranger, est valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays de célébration et pourvu que le ou les Français n'aient point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre Ier du présent titre ».

(187) C. civ., art. 202-2 : « Le mariage est valablement célébré s'il l'a été conformément aux formalités prévues par la loi de l'État sur le territoire duquel la célébration a eu lieu ».

Ainsi le mariage de deux Français célébré à Las Vegas a été reconnu valable (188).

De même, le mariage religieux célébré entre deux Français en Italie ou en Espagne par exemple sera valable. Toutefois, si un acte civil doit compléter la célébration religieuse, la loi française exigera que cette formalité ait été respectée.

Les tribunaux français ont également reconnu la cérémonie privée, sans acte ni registre, mais en présence de témoins pratiquée dans les pays musulmans (189).

Il convient de signaler toutefois que depuis la loi du 14 novembre 2006 (qui sera examinée ci-après), tout mariage célébré en la forme locale doit être précédé de formalités en France, ce qui atténue la portée du principe de l'application des règles locales.

§ II Formalités pour l'époux de nationalité française

A/ Avant le mariage

3138 La loi française veut contrôler tous les mariages simulés et les mariages forcés, en ce compris ceux qui sont célébrés hors du territoire français. Elle a ainsi cherché à imposer aux époux français se mariant à l'étranger les mêmes conditions que celles prescrites pour un mariage en France. Ainsi, quelles que soient les conditions prévues par la loi étrangère du lieu de célébration du mariage, le futur époux, de nationalité française, devra suivre les prescriptions de l'article 63 du Code civil qui sont :

- la production d'un certificat de capacité à mariage (190).
  Ce certificat établit que les futurs époux de nationalité française remplissent les conditions de fond de la loi française pour pouvoir se marier. Ce certificat est délivré par l'autorité diplomatique ou consulaire du lieu de célébration du mariage après publication des bans et audition des époux. La délivrance de ce certificat conditionne la transcription du mariage sur les registres de l'état civil français (191) ;
- la publication des bans prévue à l'article 171-2 du Code civil (192) ;
- l'audition des futurs époux ; étant précisé que les consuls peuvent y renoncer lorsqu'il n'y a pas de suspicion de mariage forcé ou de mariage de complaisance (193).

(188) Cass. 1re civ., 29 sept. 2004 : la Cour de cassation a confirmé un arrêt ayant retenu que le mariage de deux Français, célébré à Las Vegas par un « officiant religieux délégué dans les fonctions d'officier d'état civil » « avait été célébré dans les formes usuelles locales, de sorte que l'acte de mariage faisait foi ».

(189) Cass. 1re civ., 15 mai 1974 qui a validé un mariage entre un Italien et une Tunisienne en 1932 selon les formes de la coutume islamique. « Mais attendu que la validité en la forme d'un mariage est soumise à la loi du lieu de sa célébration (...) valide les mariages célébrés en cette forme (...) et fait application de ce texte au mariage des époux C. dont la loi personnelle en reconnaît pour chacun d'eux la validité ».

(190) C. civ., art. 172-2, al. 1 : « Lorsqu'il est célébré par une autorité étrangère, le mariage d'un Français doit être précédé de la délivrance d'un certificat de capacité à mariage établi, après l'accomplissement, auprès de l'autorité diplomatique ou consulaire compétente au regard du lieu de célébration du mariage, des prescriptions prévues à l'article 63 ».

(191) V. *infra*.

(192) « Sous réserve des dispenses prévues à l'article 169, la publication prévue à l'article 63 est également faite auprès de l'officier de l'état civil ou de l'autorité diplomatique ou consulaire du lieu où le futur époux français a son domicile ou sa résidence. »

(193) C. civ., art. 171-3 : « À la demande de l'autorité diplomatique ou consulaire compétente au regard du lieu de célébration du mariage, l'audition des futurs époux prévue à l'article 63 est réalisée par l'officier de l'état civil du lieu du domicile ou de résidence en France du ou des futurs conjoints ou par l'autorité diplomatique ou consulaire territorialement compétente en cas de domicile ou de résidence à l'étranger ».

B/ Après le mariage : la transcription

3139 La transcription du mariage célébré à l'étranger sur le registre de l'état civil français est la dernière des formalités que les époux doivent effectuer. Elle résulte des articles 171-5 à 171-8 du Code civil dans leur rédaction issue de la loi du 14 novembre 2006 (194).

Avant le 1er mars 2007, la transcription du mariage était une simple mesure de publicité : même à défaut de celle-ci, le mariage était opposable aux tiers en France. La transcription était toutefois fortement recommandée, notamment pour une question de preuve. Ainsi les mariages célébrés avant le 1er mars 2007 et non transcrits sont opposables aux tiers. Afin de s'assurer de leur existence, le notaire sollicitera l'acte d'état civil étranger traduit et le cas échéant légalisé.

Depuis cette date, en l'absence d'une telle transcription le mariage est inopposable aux tiers. Il ne produit ses effets en France qu'à l'égard des époux et de leurs enfants (195).

L'officier d'état civil refusera la transcription lorsque l'une des formalités préalables susvisées n'aura pas été respectée.

Il faut insister sur le fait que la sanction du défaut de transcription n'est pas la nullité du mariage, mais son inopposabilité. Celui-ci est valable et produit ses effets entre les époux et leurs enfants. Mais il est inopposable aux tiers : les intéressés ne pourront donc pas bénéficier des dispositions fiscales relatives aux couples mariés, ne pourront pas prétendre à une pension de réversion...

Il n'est pas aisé de distinguer les effets du mariage entre les époux et à l'égard des tiers. Un contrat de mariage, par exemple, devrait produire effet entre les époux mais non lors d'une acquisition envers les tiers, notamment envers un préteur.

En cas de décès de l'un des époux, son conjoint devrait pouvoir avoir la qualité de conjoint survivant sur le plan civil, mais ne devrait pas pouvoir bénéficier de l'exonération de droits prévue par le droit fiscal au profit des conjoints.

Si le mariage n'a pas été transcrit, il faut inviter les époux à le faire rapidement. Aucun délai n'étant requis, la transcription peut être demandée plusieurs années après la célébration du mariage.

Un arrêt récent (196) est venu limiter la portée de la sanction de l'inopposabilité. La Cour de cassation a précisé « qu'aux termes du premier de ces textes (197), le mariage contracté en pays étranger entre un Français et un étranger est valable s'il a été célébré selon les formes usitées dans le pays de célébration ; que la transcription prescrite par le deuxième, qui n'est soumise à aucune exigence de délai, rend la qualité de conjoint opposable aux tiers depuis la date du mariage ».

(194) L. nº 2006-1376, 14 nov. 2006, relative au contrôle et à la validité des mariages applicable au 1er mars 2007, art. 10 : « Les dispositions de la présente loi (...) ne sont pas applicables aux mariages célébrés avant leur entrée en vigueur ».

(195) C. civ., art. 171-5 : « Pour être opposable aux tiers en France, l'acte de mariage d'un Français célébré par une autorité étrangère doit être transcrit sur les registres de l'état civil français. En l'absence de transcription, le mariage d'un Français, valablement célébré par une autorité étrangère, produit ses effets civils en France à l'égard des époux et des enfants. Les futurs époux sont informés des règles prévues au premier alinéa à l'occasion de la délivrance du certificat de capacité à mariage. La demande de transcription est faite auprès de l'autorité consulaire ou diplomatique compétente au regard du lieu de célébration du mariage ».

(196) Cass. 1re civ., 7 déc. 2016, nº 15-22.996. Deux époux de même sexe (dont l'un de nationalité française et espagnole) s'étaient mariés à Madrid en 2011. À la suite du décès de l'un d'eux, l'autre époux a revendiqué sa qualité de conjoint survivant pour l'attribution d'un bail d'habitation. Le bailleur lui a opposé le défaut de transcription, celle-ci ayant été effectuée en 2014, soit postérieurement à la résiliation du bail.

(197) C. civ., art. 171-1 et 171-5.

En raison du caractère rétroactif de la transcription, la règle de l'inopposabilité envers les tiers se trouve limitée. Il suffira de procéder à la transcription du mariage pour que celui-ci soit rétroactivement opposable.

Cette opération de transcription est un moyen mis à la disposition des autorités françaises pour contrôler les mariages célébrés à l'étranger et éviter les mariages blancs.

Lorsque le mariage a été précédé de la délivrance du certificat de capacité à mariage prévu par l'article 171-2 du Code civil, il est transcrit sur les registres de l'état civil sauf si des éléments nouveaux fondés sur des indices sérieux laissent à penser que le mariage encourt la nullité (198).

Lorsque les formalités de l'article 171-2 du Code civil et des prescriptions prévues à l'article 63 du même code n'ont pas été respectées, les époux peuvent faire l'objet d'une audition, ensemble ou séparément par l'autorité diplomatique ou consulaire ou les personnes auxquelles cette tâche a été déléguée. Cette audition n'est pas requise lorsqu'il apparaît que la validité du mariage n'est pas en cause au regard des articles 146 à 180 du Code civil.

Opposabilité aux tiers du mariage célébré à l'étranger non transcrit

Si le mariage non transcrit a été célébré à l'étranger :
- avant le 1er mars 2007 : il est opposable aux tiers en France ;
- après le 1er mars 2007 : il est inopposable aux tiers en France.

Section II Les conditions de fond

Sous-section I Le principe : application de la loi nationale

L'article 202-1 du Code civil, dans sa rédaction issue du la loi du 17 mai 2013, dispose « les qualités et les conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies pour chacun des époux, par sa loi personnelle » (199). **3140**

La loi du 4 août 2014 (200) a ajouté à cet alinéa 1er une phrase *in fine* : « (...) Quelle que soit la loi personnelle applicable, le mariage requiert le consentement des époux, au sens de l'article 146 (201) et du premier alinéa de l'article 180 » (202).

(198) Cette nullité pourrait être fondée sur le non-respect par exemple des articles 146 : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement » ou 146-1 du Code civil : « Le mariage d'un Français, même contracté à l'étranger, requiert sa présence ».

(199) Cette compétence de principe de la loi nationale des futurs époux découlait avant cette loi de l'article 3, alinéa 3 du Code civil bilatéralisé par la jurisprudence et de façon indirecte par l'article 171-1 du même code.

(200) L. nº 2014-873, 4 août 2014, pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

(201) C. civ., art. 146 : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement ».

(202) C. civ., art. 180 : « Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peux être attaqué que par les époux ou par celui des époux dont le consentement n'a pas été libre ou par le ministère public. L'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux y compris par crainte révérencielle envers un ascendant, constitue un cas de nullité du mariage. S'il y a eu une erreur dans la personne, ou sur les qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage ».

Quelle que soit donc la loi personnelle applicable, le consentement des époux doit être libre et exprimer une intention matrimoniale. Cette nouvelle règle permet de lutter contre les mariages de complaisance (203).

Sous-section II Loi nationale et couples mixtes

3141 Lorsque les futurs époux ont la même nationalité, il leur est bien entendu appliqué leur loi nationale commune.

Lorsqu'ils sont de nationalité différente, doivent-ils tous deux respecter les conditions prescrites par leur loi nationale respective ?

En principe chacun des époux devra respecter les conditions édictées par sa propre loi (c'est le cas des empêchements unilatéraux à mariage). Toutefois, pour certaines conditions les deux lois s'appliqueront aux deux époux (cela correspond aux empêchements dits « bilatéraux »).

§ I Le principe : application distributive des lois nationales – empêchements unilatéraux à mariage

3142 Certains empêchements à mariage sont unilatéraux en ce qu'ils visent l'aptitude individuelle des époux à se marier. On va dans ce cas rechercher pour chacun des époux dans sa propre loi nationale s'il est apte à se marier. Il s'agit des conditions :
- d'âge (204) ;
- du consentement des tiers (205) ;
- de délai de viduité (206).

§ II Exception : application cumulative des deux lois nationales – empêchements bilatéraux

3143 D'autres empêchements visent moins les futurs époux eux-mêmes que leur relation issue du mariage : ce sont les empêchements dits « bilatéraux ». Dans ce cas, seule l'une des lois pose un empêchement au mariage, mais comme celui-ci concerne l'union, les deux époux sont concernés.

Il est alors fait application des deux lois nationales de façon cumulative, et en pratique de la loi la plus restrictive.

(203) En effet, certaines législations étrangères se contentent de requérir un consentement au mariage sans exiger une intention matrimoniale. Si la jurisprudence avait admis que le consentement relevait de l'ordre public international, il n'en était pas de même de l'intention matrimoniale.

(204) Selon l'article 548-2 de l'instruction générale de l'état civil : « Sont, notamment, contraires à l'ordre public (...) les lois fixant la puberté légale à un âge inférieur à celui de la puberté naturelle ».

(205) La loi nationale s'applique à l'autorisation au mariage du mineur ou du majeur protégé. C'est donc la loi nationale qui devra être consultée pour savoir si une autorisation est nécessaire et qui est compétent pour la donner. Une difficulté se posera si l'autorisation doit être donnée par une autorité locale : par exemple la loi tunisienne prévoit que si les futurs époux sont mineurs, le mariage nécessitera une autorisation spéciale du juge qui la délivrera s'il existe des motifs graves et dans l'intérêt des futurs époux. Si le mariage est célébré en France, se posera la question de savoir si le juge tunisien est le seul compétent ou si, en adaptant cette exigence, on pourrait solliciter le juge français qui appliquera alors la loi tunisienne.

(206) En France, le délai de viduité a été supprimé par la loi du 26 mai 2004. Une loi étrangère qui exigerait ce délai ne serait-elle pas contraire à la liberté matrimoniale et au principe d'égalité homme/femme ?

Il s'agit des conditions relatives aux empêchements résultant :
- de la parenté ou l'alliance (207) ;
- de l'existence d'une précédente union non dissoute (208).

Section III Particularités du mariage entre personnes de même sexe

3144 L'institution du mariage entre personnes de même sexe est récente. Les Pays-Bas furent les premiers à l'autoriser en avril 2001, puis ce fut le tour de la Belgique en juin 2003, du Canada et de l'Espagne en juillet 2005. Au 1er août 2018, vingt-six pays dans le monde l'autorisent.

À l'opposé, certains pays (Maroc, Algérie, Tunisie, Libye, Égypte, Mauritanie, Somalie, Nigeria, Soudan...) interdisent l'homosexualité et par là même le mariage entre personnes de même sexe sous peine de sanctions pénales pouvant aller jusqu'à la peine de mort comme au Soudan ; dans certains pays européens, le mariage entre personnes de même sexe est prohibé et pourrait ne pas être reconnu (209) lorsqu'il a été célébré à l'étranger (Hongrie, Pologne, Roumanie...).

§ 1 Mariage entre personnes de même sexe célébré en France

3145 En France, le mariage entre personnes de même sexe est autorisé depuis la loi du 17 mai 2013.

L'article 202-1 du Code civil dispose en son deuxième alinéa que : « Deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ». Cette disposition permet ainsi à des individus dont la loi personnelle interdirait de se marier avec une personne de même sexe de passer outre, dès lors que le domicile ou la résidence d'au moins l'un d'eux se situe en France.

À titre d'exemple, une Roumaine ayant une résidence en France serait en droit d'épouser une autre Roumaine vivant à Bucarest alors même que la Roumanie méconnaît le mariage pour tous et pourrait ne pas reconnaître la validité de ce mariage.

Il est par conséquent évident que le notaire français consulté dans le cadre d'une anticipation de la succession devra prendre soin de vérifier où se trouvent situés les biens du client et quels sont ses projets de vie (retour dans son pays d'origine ou non) avant de conseiller le mariage comme mode d'union favorisant la transmission successorale.

(207) La loi étrangère plus stricte que la loi française pourrait être écartée sur le fondement de la liberté matrimoniale au nom de l'ordre public international. Ainsi, un beau-père et sa belle-fille s'étaient vu refuser leur mariage au Royaume-Uni qui interdit ce type d'union. La Cour européenne des droits de l'homme, dans un arrêt du 13 septembre 2005, a précisé « que l'empêchement au mariage entre les deux requérants ne poursuivait aucun but utile d'ordre public – bien que poursuivant le but légitime de la protection de l'intégrité de la famille – puisqu'il n'empêchait pas de telles relations de se nouer, la Cour estime qu'il constituait une atteinte excessive au droit au mariage consacré par l'article 12 de la Convention EDH ».

(208) Cela vise la polygamie.

(209) À moins que l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 5 juin 2018 (analysé *infra*, n° 3147) n'empêche un État membre de refuser de reconnaître un mariage valablement célébré à l'étranger.

Par ailleurs, les dispositions de l'article 202-1, alinéa 2, du Code civil se trouvent en principe écartées par les conventions bilatérales signées par la France avec certains pays prévoyant l'application de la loi personnelle quant aux conditions de fond du mariage.

La circulaire du 29 mai 2013 fait état des conventions conclues par la France avec la Pologne, le Maroc, la Tunisie, l'Algérie, la Bosnie-Herzégovine, le Monténégro, la Serbie, le Kosovo, la Slovénie, le Cambodge et le Laos.

Un litige a été porté devant la première chambre civile de la Cour de cassation qui a rendu un arrêt le 28 janvier 2015 (210).

En l'espèce un couple d'hommes, l'un de nationalité française et l'autre de nationalité marocaine, a déposé une demande de mariage, qui a été refusée sur le fondement de la circulaire du 29 mai 2013 au motif que la France avait conclu avec le Maroc une convention le 10 août 1981 prévoyant l'application de la loi nationale aux conditions de fond du mariage en son article 5. Toutefois, l'article 4 de cette convention énonce que : « La loi de l'un des deux États désignés par la présente Convention ne peut être écartée par les juridictions de l'autre État que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public ».

La Cour de cassation, après avoir repris les articles 5 puis 4 de la convention franco-marocaine, énonce que « tel est le cas de la loi marocaine compétente qui s'oppose au mariage de personnes de même sexe dès lors que, pour au moins l'une d'elles, soit la loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ». Ainsi, l'exigence d'une différence de sexe pour se marier est jugée contraire à l'ordre public international français.

Selon Hugues Fulchiron (211), cet arrêt est surprenant. Selon lui, « il est vrai que passer de l'interdiction au statut de principe d'ordre public a de quoi frapper les esprits : plus qu'un renouvellement de l'ordre public, c'est une véritable révolution ».

Il souligne en outre que le communiqué de la Cour de cassation concernant cet arrêt en contredit le sens et la portée. En effet, au sein du communiqué la Cour de cassation affirme l'incompatibilité de la loi marocaine avec l'ordre public international français au motif qu'« on ne peut priver une personne de la liberté fondamentale de se marier, mariage qui, depuis la loi du 17 mai 2013, est ouvert, en France, aux couples de même sexe ».

Elle rappelle également que « la loi du pays étranger ne peut être écartée que si l'une des conditions suivantes est remplie : il existe un rattachement du futur époux étranger à la France [dans cette affaire, le ressortissant marocain était domicilié en France] ; l'État avec lequel a été conclue la convention, n'autorise pas le mariage entre personnes de même sexe, mais ne le rejette pas de façon universelle ». Ainsi, l'arrêt utilise une formule générale tandis que le communiqué ajoute une condition : celle du lien de proximité avec la France. En effet, selon le communiqué, deux conditions alternatives sont posées par l'arrêt : soit la situation présente des liens suffisamment étroits avec la France, soit certains pays qui n'autorisent pas le mariage homosexuel lui font produire des effets si les époux sont tous les deux étrangers ou encore si l'un d'entre eux est ressortissant de ce pays. On peut alors se demander si, à travers le communiqué, la Cour de cassation tente d'atténuer la portée de la décision.

(210) Cass. 1re civ., 28 janv. 2015, nº 13-50.059.
(211) *D.* 2015, p 464.

Cette solution consacrée par la Cour de cassation aura pour effet de considérer les personnes de même sexe mariées dans un pays et non mariées dans un autre, et d'aboutir à des « mariages boiteux » (212).

3146 Les règles de compétence de l'officier d'état civil français ont été élargies depuis la loi du 17 mai 2013. Selon l'article 74 du Code civil : »Le mariage sera célébré, au choix des époux, dans la commune où l'un d'eux, ou l'un de leurs parents, aura son domicile ou sa résidence établie par un mois au moins d'habitation continue à la date de la publication prévue par la loi ».

Le législateur a prévu à l'article 171-9 du Code civil le mariage entre personnes de même sexe résidant dans un pays ne l'autorisant pas de la façon suivante : « Par dérogation aux articles 74 et 165, lorsque les futurs époux de même sexe, dont l'un au moins a la nationalité française, ont leur domicile ou leur résidence dans un pays qui n'autorise pas le mariage entre deux personnes de même sexe et dans lequel les autorités diplomatiques et consulaires françaises ne peuvent procéder à sa célébration, le mariage est célébré publiquement par l'officier de l'état civil de la commune de naissance ou de dernière résidence de l'un des époux ou de la commune dans laquelle l'un de leurs parents a son domicile ou sa résidence établie dans les conditions prévues à l'article 74. À défaut, le mariage est célébré par l'officier de l'état civil de la commune de leur choix ».

§ II Reconnaissance en France des mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger

3147 La Cour de justice de l'Union européenne (213) a édicté un principe de reconnaissance des mariages homosexuels à travers son arrêt rendu le 5 juin 2018. Une question préjudicielle avait été soumise à la Cour constitutionnelle roumaine sur l'absence de reconnaissance des mariages homosexuels contractés à l'étranger par un citoyen roumain eu égard au droit de l'Union européenne.

L'article 21 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), relatif à la citoyenneté de l'Union, énonce que la vie de famille qu'un citoyen européen a eue dans un État membre doit pouvoir « être poursuivie lors de son retour dans l'État membre dont il possède la nationalité, par l'octroi d'un droit de séjour dérivé au membre de la famille concerné, ressortissant d'un État tiers ».

Selon la Cour de justice de l'Union européenne, « le refus (...) de reconnaître, aux seuls fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un État tiers, le mariage de ce dernier avec un citoyen de l'Union de même sexe, ressortissant de cet État membre, conclu, lors de leur séjour effectif dans un autre État membre, conformément au droit de ce dernier État, est susceptible d'entraver l'exercice du droit de ce citoyen, consacré à l'article 21, § 1, du TFUE, de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres ». Elle énonce également « qu'une telle obligation de reconnaissance aux seules fins d'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un État tiers ne méconnaît pas l'identité nationale ni ne menace l'ordre public de l'État membre concerné ».

Par ailleurs, l'article 21 de la loi du 17 mai 2013, relatif au mariage des personnes de même sexe en France, entérine la reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger, y compris ceux célébrés avant l'entrée en vigueur de cette loi, en ces termes : « Le mariage entre personnes de même sexe contracté avant l'entrée en vigueur de la présente loi est reconnu, dans ses

(212) De telles situations « boiteuses » peuvent d'ailleurs résulter non seulement de la jurisprudence, mais également de la loi elle-même. V., par ex. le cas cité *supra*, n° 3145.
(213) CJUE, Gde ch., 5 juin 2018, aff. C-673/16.

effets à l'égard des époux et des enfants, en France, sous réserve du respect des articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162, 163, 180 et 191 du Code civil. Il peut faire l'objet d'une transcription dans les conditions prévues aux articles 171-5 et 171-7 du même code. À compter de la date de transcription, il produit effet à l'égard des tiers ».

Ainsi le mariage entre homosexuels belge et français célébré en 2004 en Belgique sera valable en France conformément aux dispositions susvisées, et permettra l'application des dispositions françaises en matière successorale en cas de décès de l'un des deux devenu résident en France laissant son conjoint pour lui succéder.

Section IV Particularités des mariages polygamiques

3148 La loi française n'autorise le mariage qu'entre des personnes non mariées (214).

Il est clair que l'officier d'état civil français doit refuser de célébrer un mariage en France d'une personne engagée dans les liens d'un mariage antérieur non dissous même si les lois nationales des époux l'autorisent. Cela résulte de l'application de l'ordre public direct (215).

Naturellement, de la même façon le notaire devra refuser de recevoir le contrat de mariage.

3149 Toutefois, si la loi française interdit cette célébration en France, les juges acceptent que le second mariage régulièrement célébré à l'étranger puisse produire des effets en France. L'ordre public dont l'effet se trouve atténué (216) ne s'oppose pas à ce que le mariage produise en France un certain nombre de conséquences. Tout va dépendre de la nationalité française ou non de l'un des époux :

a) entre deux époux de nationalité étrangère. – Si la loi de chaque époux permet le mariage polygame, les tribunaux lui reconnaissent en France certains effets patrimoniaux : ainsi le deuxième conjoint est-il bien fondé à solliciter une pension de réversion ou à recueillir des droits dans la succession ;

b) entre deux époux dont l'un est de nationalité française. – Dès l'instant où l'un des conjoints est Français, un tel mariage contracté à l'étranger n'a aucun effet en France. Cela a été affirmé par la Cour de cassation en 2002 (217).

Une Française non mariée ne peut donc pas conclure un mariage polygame à l'étranger. Si l'un ou les deux époux possèdent une double nationalité, la nationalité française primera sur les autres nationalités, et tout mariage en état de bigamie sera déclaré nul en France.

La difficulté pour le notaire est que ce mariage n'est pas nul de plein droit, mais est annulable. Il n'a pas la possibilité de le considérer comme non valable et ne peut donc pas l'ignorer. Dans le cadre de son devoir de conseil, il devra mettre en garde les « époux » des vices entachant leur mariage et proposer la meilleure solution dans le cas où leur mariage serait annulé.

(214) C. civ., art. 147 : « On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier ».

(215) TGI Paris, 22 janv. 1968 : la prohibition de la polygamie s'impose à tous les étrangers qui se marient en France même si leur propre loi nationale l'autorise.

(216) Sur cette notion, V. *supra*, commission 1, n° 1107.

(217) Cass. 1re civ., 24 sept. 2002 : « Si le mariage contracté à l'étranger en état de bigamie pour l'un des deux époux n'est pas obligatoirement nul en France, c'est à la condition que les lois nationales de chacun d'eux autorisent la bigamie ».

En cas d'acquisition d'un bien immobilier par ces « époux », une attention particulière devra être prise vis-à-vis d'un éventuel prêteur. En effet, en cas d'annulation du mariage des emprunteurs pourrait faire « revivre » une précédente union et un régime communautaire.

L'annulation ne peut être l'œuvre que d'un juge français ou d'une autorité étrangère. Cette solution a été affirmée plusieurs fois par la Cour de cassation, notamment à l'encontre d'une caisse régionale d'assurance maladie (218).

CHAPITRE II Les effets du mariage

Indépendamment des questions relevant du régime matrimonial, le mariage engendre des effets personnels (obligation de fidélité, de secours et d'assistance) et des effets patrimoniaux, notamment dans les contrats à titre onéreux entre époux. Par ailleurs, le régime primaire impératif est traité sous l'angle des effets du mariage et des lois de police. **3150**

Section I Détermination de la loi applicable

À défaut de convention bilatérale, il y a lieu d'appliquer au titre de loi des effets du mariage : **3151**
- la loi nationale commune des époux ;
- à défaut de loi nationale commune, la loi du domicile commun (219) ;
- à défaut, la loi du *for* s'applique en vertu de sa vocation subsidiaire.

La France est partie à des conventions bilatérales qui déterminent notamment la loi applicable aux effets du mariage. Il s'agit par exemple de la convention franco-marocaine du 10 août 1981 (220) ou de la convention franco-polonaise du 5 avril 1967 (221).

(218) Cass. 2e civ., 5 nov. 2015, nº 14-25.565. La Cour de cassation confirme « qu'il appartient à la juridiction de la sécurité sociale, appelée à se prononcer sur la qualité de conjoint survivant de la seconde épouse, de surseoir à statuer en réservant à celle-ci la possibilité de saisir la juridiction compétente de la question de la nullité et de l'éventuelle putativité de son mariage ».

(219) La jurisprudence sur la loi des effets du mariage a été établie dans l'arrêt *Rivière* rendu en matière de divorce (Cass. civ., 17 avr. 1953). La cour précise : « Attendu, en l'espèce que les époux (...), ayant une nationalité différente, mais étant domiciliés l'un et l'autre en Équateur, c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé que leur divorce était régi par la loi du domicile qui se trouvait au surplus être identique à la loi personnelle du mari et à la loi du for ».

(220) Convention entre la République française et la Royaume du Maroc relative au statut des personnes et de la famille et de la coopération judiciaire. D. nº 83-435, 27 mai 1983, art. 7 : « Les effets personnels du mariage sont régis par la loi de celui des deux États dont les époux ont la nationalité. Si l'un des époux a la nationalité de l'un des deux États et le second celle de l'autre, les effets personnels du mariage sont régis par la loi de celui des deux États sur le territoire duquel les époux ont leur domicile commun ou avaient leur dernier domicile commun ».

(221) Convention franco-polonaise relative à la loi applicable, la compétence et l'*exequatur* dans le droit des personnes et de la famille. D. nº 69-176, 13 févr. 1969, art. 5 : « 1. Les rapports juridiques personnels et patrimoniaux entre les époux sont régis par la loi de la Haute Partie contractante sur le territoire de laquelle les époux ont leur domicile. 2. Si l'un des époux réside sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes et le second sur le territoire de l'autre et si les deux époux possèdent la même nationalité, leurs rapports juridiques personnels et patrimoniaux sont régis par la loi de la Haute Partie contractante dont ils ont la nationalité. 3. Si l'un des époux possède la nationalité de l'une des Hautes Parties contractantes et le second la nationalité de l'autre et si l'un réside sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes et le second sur le territoire de l'autre, leurs rapports juridiques personnels et patrimoniaux sont régis par la loi de la Haute Partie contractante sur le territoire duquel ils ont eu leur dernier domicile commun ».

Section II Le domaine de la loi applicable

3152 En principe, la loi des effets du mariage gouverne tous les effets du mariage tant personnels que patrimoniaux, à l'exception du régime matrimonial. Toutefois, le domaine de la loi applicable s'est restreint compte tenu, d'une part, du caractère impératif du régime primaire (étudié dans la section suivante) et, d'autre part, par le fait que certaines règles issues tant du droit interne que du droit communautaire qui relevaient autrefois de la catégorie des effets du mariage font l'objet de dispositions spécifiques.

C'est le cas par exemple des obligations alimentaires entre époux (222), du divorce (223), ou encore de la filiation naturelle (224).

En conséquence, les questions qui relèvent encore de la catégorie des effets du mariage sont essentiellement celles relatives au nom d'usage et aux contrats entre époux à titre onéreux.

Ainsi la vente entre époux, dans son principe, a-t-elle été jugée comme relevant de la loi régissant les effets du mariage (225).

La constitution d'une société entre époux relève, dans son principe, *a priori* de la loi des effets du mariage, loi nationale commune, et à défaut de nationalité commune, loi du domicile commun.

Une difficulté s'est posée en droit international privé concernant l'application de l'article 1832-2 du Code civil (226) : cet article visant à conférer la qualité d'associé à l'époux commun en biens non apporteur, ne semble s'appliquer qu'aux époux mariés sous un régime de communauté français.

3153 De même, les donations entre époux de biens présents ou à venir se trouvent au carrefour de plusieurs catégories de rattachement : le contrat, le régime matrimonial, les effets du mariage et les droits successoraux.

Cette question sera traitée dans la cinquième partie (227).

Section III Le régime primaire impératif

3154 La loi du 13 juillet 1965 a institué en droit français des règles intitulées « Des droits et des devoirs respectifs entre époux » figurant aux articles 212 et suivants du Code civil. Ces dispositions, qui sont applicables par le seul effet du mariage, constituent le régime primaire. Comment ces règles sont-elles traitées en droit international privé ?

(222) Application de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 puis du règlement européen du 18 décembre 2008.
(223) Application de la loi du 11 juillet 1975 puis du règlement Rome III.
(224) L. 3 janv. 1972.
(225) Cass. req., 25 janv. 1938 : *Rev. crit. DIP* 1938, 471, note H. Battifol.
(226) C. civ., art. 1832-2, al. 1 à 2 : « Un époux ne peut, sous la sanction prévue à l'article 1427, employer des biens communs pour faire un apport à une société ou acquérir des parts sociales non négociables sans que son conjoint en ait été averti et sans qu'il en soit justifié dans l'acte. La qualité d'associé est reconnue à celui des époux qui fait l'apport ou réalise l'acquisition. La qualité d'associé est également reconnue, pour la moitié des parts souscrites ou acquises, au conjoint qui a notifié à la société son intention d'être personnellement associé. Lorsqu'il notifie son intention lors de l'apport ou de l'acquisition, l'acceptation ou l'agrément des associés vaut pour les deux époux ».
(227) V. *infra*, Titre I, Chapitre II, Section I, « La donation entre époux », n° 3546.

La convention de La Haye n'a pas défini la notion de régime primaire. Les solutions ont donc été dégagées par la jurisprudence (**Sous-section I**). Le règlement (UE) nº 2016/1103 a quant à lui intégré à la notion de régime matrimonial les règles qui relèvent du régime primaire (**Sous-section II**).

Sous-section I Solutions dégagées par la jurisprudence

3155 La question se pose de savoir si le régime primaire figurant aux articles 212 et suivants du Code civil doit être appliqué à tous les époux résidant sur le territoire français.

La Cour de cassation a, en 1987, assimilé les règles françaises du régime primaire à des lois de police (228).

Les règles des articles 212 et suivants du Code civil s'imposent donc en France quel que soit le régime matrimonial des époux.

Le régime primaire est donc d'application immédiate sur tout le territoire français pour tous les époux soumis à des lois étrangères. Ce même statut peut aussi suivre des époux français vivant à l'étranger au titre du statut personnel.

Ainsi la protection du logement de la famille visé à l'article 215, alinéa 3 du Code civil s'appliquera à tous les époux résidant sur le territoire français, et ce quelles que soient les lois auxquelles sont soumis les effets personnels ou pécuniaires des effets du mariage.

Sous-section II Règlement européen nº 2016/1103 en matière de régime matrimonial

3156 Le règlement intègre à la question du régime matrimonial des règles qui relèvent du régime primaire.

Cette interprétation large du régime matrimonial est une innovation du règlement. L'article 3-1-a définit de façon assez large le régime matrimonial qui est « 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 ».

Et le considérant 18 du règlement précise que : « La notion de "régime matrimonial" devrait être interprétée de manière autonome et devrait englober 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 ».

Ces règles, auxquelles les époux ne peuvent pas déroger, visent en droit français les règles du régime primaire.

Cependant, il convient d'effectuer certaines distinctions suivant les dispositions du régime primaire.

(228) Cass. 1re civ., 20 oct. 1987 : « Attendu qu'il est encore fait grief à la cour d'appel d'avoir fait application de la loi française pour déterminer le montant de la contribution aux charges du mariage due par le mari alors que l'article 214 du Code civil renvoyant expressément à ce sujet aux conventions matrimoniales, la demande de l'épouse devait être réglée selon la loi applicable au régime matrimonial des époux, c'est-à-dire en l'espèce, selon la loi libanaise ; que, dès lors, en statuant comme elle a fait, la juridiction du second degré aurait violé l'article 3 du Code civil ; Mais attendu que les règles relatives aux devoirs et droits respectifs des époux énoncées par les articles 212 et suivants du Code civil sont d'application territoriale ; ».

§ I Règles du régime primaire incluses dans le règlement

3157 Il semble que le règlement englobe dans son champ d'application matériel les règles suivantes :
- le pouvoir des époux ;
- la solidarité des époux ;
- la protection du logement de la famille : ainsi les règles visées par l'article 215, alinéa 3 du Code civil ne devraient s'appliquer que si le régime matrimonial est soumis à la loi française (sauf l'effet de la loi de police ci-après visée).

§ II Règles du régime primaire exclues du règlement

3158 Certaines règles rattachées en droit français au régime primaire sont exclues du règlement sur les régimes matrimoniaux.

Ce sont notamment :
- les relations extrapatrimoniales : le règlement ne vise en effet que les règles relatives aux rapports patrimoniaux entre époux. Ainsi, toutes les règles ne visant que les relations personnelles entre époux, telles celles visées aux articles 212 et 213 du Code civil, sont exclues du champ d'application du règlement (229) ;
- la contribution aux charges du mariage : elle devrait relever du règlement nº 4/2009 du 18 décembre 2008 (230) ;
- les règles relatives aux époux hors d'état de manifester leur volonté.

Cette question relève de la capacité qui est exclue du champ d'application du règlement. Il y aura lieu d'appliquer à ce sujet la convention du 13 janvier 2000 sur la protection des adultes.

§ III Intervention des lois de police

3159 En principe, les règles relatives au régime primaire incluses dans le champ d'application du règlement nº 2016/1103 sont soumises à la loi applicable au régime matrimonial.

Cette affirmation doit être tempérée par l'application des lois de police.

L'article 30 du règlement prévoit que : « Les dispositions du présent règlement ne portent pas atteinte à l'application des lois de police du juge saisi ». L'article 30-2 définit ensuite la notion de loi de police (231) dont le respect est jugé crucial par un État membre, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application.

Ainsi, si une règle de droit français est érigée en loi de police, elle s'appliquera quelle que soit la loi applicable au régime matrimonial.

(229) C. civ., art. 212 : « Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance ». C. civ., art. 213 : « Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir ».

(230) Ce règlement est relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.

(231) Règl. nº 2016/1103, art. 30-2 : « Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un État membre pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels 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 régime matrimonial en vertu du présent règlement ».

Or, selon la Cour de cassation, conformément à son arrêt de 1987 précité (232), « les règles relatives aux devoirs et droits respectifs des époux énoncées par les articles 212 et suivants du Code civil sont d'application territoriale ».

Si cette jurisprudence perdure lors de l'application du règlement, alors il y aura lieu d'appliquer certaines règles du régime primaire français à tous les époux résidant en France, et ce quelle que soit la loi applicable à leur régime matrimonial (233).

– Cas particulier du droit temporaire au logement. – Le droit temporaire au logement du conjoint survivant a été créé par la loi du 3 décembre 2001 et inséré dans l'article 763 du Code civil. Il s'agit d'un droit de jouissance d'un an et gratuit applicable aux époux quel que soit leur régime matrimonial.

La question se pose de savoir à quelle règle de conflit il faut soumettre ce droit. La qualification doit se faire conformément à la loi française :

Il ne s'agit ni d'un droit successoral, ni d'un droit réel, ni d'un droit relevant du régime matrimonial. Il est lié à la qualité d'époux et doit relever de la loi des effets du mariage (234).

Le droit temporaire au logement est d'ordre public en droit interne. Ce caractère impératif doit-il se retrouver en droit international ? Il est possible de raisonner par analogie avec le régime primaire qui, bien que relevant de la loi des effets du mariage, constitue une loi de police sur le territoire national.

Ainsi, un couple d'Espagnols propriétaires de leur résidence principale en France doit-il bénéficier des dispositions de l'article 763 du Code civil ? Non au titre de la loi des effets du mariage (loi de la nationalité commune, donc loi espagnole), mais oui au titre de la loi de police (application de la loi française compte tenu du bien immobilier situé en France).

SOUS-TITRE II

Le régime matrimonial

Juridiquement le régime matrimonial peut se définir comme « un ensemble de dispositions légales ou conventionnelles qui règlent les rapports patrimoniaux entre époux » (235). **3160**

En droit international, la notion de régime matrimonial a été définie pour la première fois par la Cour de justice des Communautés européennes comme comprenant « non seulement les régimes de biens spécifiquement et exclusivement conçus par certaines législations nationales en vue du mariage, mais également tous les rapports patrimoniaux, résultant directement du lien conjugal ou de la dissolution de celui-ci » (236).

Aux termes de l'article 3, § 1 a) du règlement « Régimes matrimoniaux », le concept de régime matrimonial est défini comme « 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 ».

Dans les relations entre les époux, les éléments d'extranéité se multiplient et proviennent de plusieurs facteurs : des époux de même nationalité s'installent dans un autre pays pour des

(232) V. *supra*, n° 3155.
(233) M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 9e éd. 2018, p. 331 et s., § 376.
(234) C. civ., art. 763, al. 3 : « Les droits prévus au présent article sont réputés effets directs du mariage et non droits successoraux. Le présent article est d'ordre public ».
(235) S. Braudo, *Dictionnaire du droit privé* : www.dictionnaire-juridique.com.
(236) CJCE, 27 mars 1979, aff. 143/78, *De Cavel I* et CJCE, 31 mars 1982, aff. 25/80, *C.H.W. et G.J.H.*

raisons professionnelles ou pour y passer leur retraite, des couples mixtes se forment, ou encore des époux acquièrent des biens ou décèdent à l'étranger. Dans tous ces cas, le notaire sera confronté à la détermination du régime matrimonial des époux tant au jour de leur mariage qu'au jour de la situation en cause.

Le notaire sera face à cette matière pendant toute la durée du mariage : tout d'abord au moment de sa célébration lors de la rédaction du contrat de mariage, puis pendant le mariage lors d'une acquisition ou d'une vente immobilière afin de déterminer les pouvoirs des époux sur les biens, et enfin lors de sa dissolution pour procéder à la liquidation du régime et au partage des biens.

En France, plusieurs règles de conflits coexistent : le régime de droit commun pour les époux mariés avant le 1er septembre 1992, remplacé par la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux pour les époux mariés entre cette date et le 28 janvier 2019, puis le règlement européen sur les régimes matrimoniaux régissant les rapports entre époux mariés après le 29 janvier 2019.

Cette dimension temporelle se double d'une diversité dans l'espace. En effet, lorsqu'on se penche sur les lois internes des pays à travers le monde, les différences sont nombreuses. Les pays anglo-saxons et la plupart des États d'Amérique du Nord ne connaissent pas réellement la notion même de régime matrimonial. Le droit n'aimant pas le vide, il est généralement admis de les classer dans des régimes de type « séparation des biens », de même que les pays de droit islamique. Les pays de droit latin et les anciens pays de l'Est, au contraire, se tournent vers des régimes de communauté de biens avec des possibilités d'adaptation ou de modification.

Toutefois, le notaire doit garder à l'esprit que des exceptions existent toujours. Ainsi aux États-Unis, neuf États (237) connaissent au titre du régime légal un régime communautaire.

Cette diversité se retrouve dans le choix de la règle de conflit de lois : faut-il rattacher le régime matrimonial à la loi de la résidence habituelle des époux, à la loi nationale commune des époux, à la loi de situation des biens, ou encore à la loi d'autonomie ? Et cette question se pose bien entendu à nouveau tant au jour du mariage qu'en cas de changement d'un élément de rattachement tel que la nationalité et surtout la résidence.

Enfin, en cas de décès d'un des époux, il y aura lieu de liquider le régime matrimonial en même temps que la succession. Bien souvent, en présence d'un élément d'extranéité, deux lois seront applicables. La tâche du notaire sera complexe, car les deux matières sont liées et certains systèmes juridiques étrangers utilisent le droit successoral pour compléter les droits du conjoint issus du régime matrimonial.

Lorsque le notaire sera confronté à la détermination d'un régime matrimonial, il devra se situer à deux périodes. En premier lieu, déterminer le régime des époux au jour de leur mariage en s'interrogeant sur l'existence ou non d'un choix et sur la validité de celui-ci, puis, en second lieu, ne pas omettre de se poser la question d'une éventuelle modification, qu'elle ait été voulue ou non.

CHAPITRE I Les différentes règles pouvant régir les régimes matrimoniaux

3161 Avant de se lancer dans la détermination du régime matrimonial, il apparaît nécessaire dans un chapitre préliminaire de rappeler les différentes règles de conflit pouvant régir cette matière.

(237) Arizona, Californie, Idaho, Louisiane, Nevada, Nouveau-Mexique, Texas, État de Washington, Wisconsin.

Trois règles de conflit de lois sont applicables en fonction de la date du mariage : les règles ont tout d'abord été déterminées par la jurisprudence, puis par la Convention de La Haye du 14 mars 1978, enfin par le règlement européen n° 2016/1103 du 24 juin 2016.

Section I Époux mariés avant le 1er septembre 1992 : la règle jurisprudentielle

3162 Les époux mariés avant le 1er septembre 1992 (date de l'entrée en vigueur en France de la Convention de La Haye du 14 mars 1978) sont soumis à une règle de conflit de lois déterminée par la jurisprudence qui a consacré l'autonomie de la volonté.

Cette règle remonte à la célèbre consultation de l'avocat parisien Charles Dumoulin rendue en 1525, lorsqu'il fut saisi de la question de la détermination du régime matrimonial des époux de Ganay, mariés sans contrat. Ceux-ci demeuraient à Paris et possédaient des biens tant à Paris que dans le Lyonnais. À l'époque, plusieurs règles avaient vocation à s'appliquer : les immeubles étaient soumis à la coutume du lieu de leur situation (Le Lyonnais et Paris) et les meubles étaient soumis à la coutume du domicile matrimonial (Paris).

Me Dumoulin analysa le régime matrimonial comme un **contrat tacite :** en matière de régime matrimonial les époux, à défaut de contrat de mariage, ont tacitement choisi de se soumettre à la coutume de leur domicile. Cette solution fut consacrée par le Parlement de Paris en 1529.

Cette règle continue de s'appliquer aux époux mariés avant le 1er septembre 1992. Ainsi, des époux mariés le 13 août 1992 qui divorceraient ou décéderaient en 2022, après trente ans de vie commune, verraient la loi applicable à leur régime matrimonial déterminée par les règles jurisprudentielles.

C'est pourquoi ces règles seront encore analysées ci-après.

Cette autonomie de la volonté permettant de déterminer le régime matrimonial peut résulter :
- d'une volonté expresse ou implicite ;
- et à défaut d'expression de volonté d'un choix tacite.

Section II Époux mariés entre le 1er septembre 1992 et le 28 janvier 2019 : la Convention de La Haye du 14 mars 1978

3163 La Convention de La Haye sur les régimes matrimoniaux du 14 mars 1978 est entrée en vigueur en France le 1er septembre 1992 suite à sa ratification par trois États : la France, le Luxembourg et les Pays-Bas.

§ 1 Domaine matériel

3164 Contrairement au règlement du 24 juin 2016, la convention de La Haye n'a pas défini la notion de régime matrimonial.

Plusieurs matières sont exclues :
- soit expressément : les obligations alimentaires, les droits successoraux du conjoint survivant ;
- soit implicitement : le régime primaire et les contrats entre époux.

§ II Domaine temporel

3165 L'article 21 de la convention prévoit qu'elle s'applique dans chaque État contractant aux époux mariés après son entrée en vigueur (soit pour la France le 1er septembre 1992) et aux époux qui souhaitent au cours de leur mariage changer de loi applicable à leur régime matrimonial.

Compte tenu de l'entrée en vigueur du règlement du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux, la Convention de La Haye du 14 mars 1978 s'applique en réalité aux époux mariés entre le 1er septembre 1992 et le 28 janvier 2019, et l'article 6 de la convention de La Haye s'appliquait aussi aux époux mariés avant le 1er septembre 1992.

§ III Domaine spatial

3166 La convention s'applique dès lors que la situation des époux présente un élément d'extranéité : nationalité, lieu de résidence ou lieu de célébration du mariage.

L'article 2 de la convention précise qu'elle « s'applique même si la nationalité ou la résidence habituelle ou la loi applicable en vertu des articles ci-dessous ne sont pas celles d'un État contractant ». Elle a un caractère universel.

Ainsi la convention a un très large domaine d'application, et ce malgré le fait qu'elle n'ait été ratifiée que par trois États. Le notaire français appliquera donc la loi désignée par la convention alors même qu'il ne s'agit pas de la loi d'un État contractant.

La Cour de cassation l'a précisé en 2009 en rappelant que la convention s'applique même si la nationalité, la résidence habituelle des époux ou la loi applicable en vertu de cette convention ne sont pas celles d'un État contractant (238).

Section III Époux mariés après le 29 janvier 2019 et époux voulant modifier la loi applicable à leur régime matrimonial (quelle que soit la date de leur mariage) : le règlement européen du 24 juin 2016

3167 Le règlement européen no 2016/1103 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 » vient achever l'européani-

(238) Cass. 1re civ., 12 nov. 2009. Il s'agissait en l'espèce de la détermination du régime matrimonial d'époux mariés en Syrie le 1er octobre 1995 et résidant en France. La cour d'appel de Riom avait relevé qu'en l'absence de contrat de mariage, de convention franco-syrienne applicable à la situation et de ratification par la Syrie de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, ils convenait de rechercher en quel lieu les époux avaient eu la volonté de localiser leurs intérêts pécuniaires au moment du mariage. La Cour de cassation a cassé cet arrêt en rappelant « que le régime matrimonial des époux devait être déterminé selon les règles de la Convention de La Haye de 1978 ».

sation du droit patrimonial de la famille. En effet, avec le règlement sur les effets des partenariats enregistrés de la même date, il fait suite à ceux déjà adoptés en matière de divorce (239), de pensions alimentaires (240) et de succession (241).

La gestation de ce règlement a été longue : un livre vert a été publié en 2006 et deux propositions de règlement en date du 16 mars 2011 ont été soumises aux États membres de l'Union européenne. À la fin de l'année 2015, il a été constaté qu'aucun accord unanime ne pouvait être trouvé. Il faut souligner à cet égard que la matière relative aux régimes matrimoniaux est sensible et que les règles dégagées par chacun des États sont très diverses, ce qui ne facilite pas un consensus entre les États.

Pour contrer ces blocages, une coopération renforcée a été mise en place à l'initiative de dix-huit États membres dont la France (242).

§ 1 Domaine matériel

3168 L'objectif du règlement du 24 juin 2016 a été d'instaurer un ensemble complet de règles de droit international privé traitant des régimes matrimoniaux. Il a donc un champ d'application plus large que celui de la convention de La Haye qui ne vise que la loi applicable aux régimes matrimoniaux.

Il est précisé dans l'article premier du règlement : « Le présent règlement s'applique aux régimes matrimoniaux » et dans l'article 3 : « Aux fins du présent règlement, on entend par :
a) "régime matrimonial", 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 ;
b) "convention matrimoniale", tout accord entre époux ou futurs époux par lequel ils organisent leur régime matrimonial (...) ».

Cette notion est très vaste et a conduit une large partie de la doctrine à considérer que le régime primaire entrait dans le champ d'application du règlement. À tout le moins les règles du régime primaire et se rapportant aux rapports patrimoniaux entre les époux et avec les tiers (243).

3169 Sont en revanche exclues du règlement du 24 juin 2016 :
- la capacité juridique des parties ;
- l'existence, la validité ou la reconnaissance du mariage (244) : le législateur a ainsi évité de définir le mariage, garantissant de la sorte aux États membres de ne poser aucune norme européenne concernant cette institution (245).

(239) Règl. (UE) nº 1259/2010, 20 déc. 2010, V. *infra*, Partie III.
(240) Règl. (CE) nº 4/2009, 18 déc. 2008.
(241) Règl. (UE) nº 650/2012, 4 juill. 2012, V. *infra*, Partie IV.
(242) La coopération renforcée permet à un règlement d'aboutir avec l'accord de neuf États membres au minimum (V. *supra*, nos 1548 et s.). Les dix-huit États membres participant à cette coopération renforcée sont l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, Chypre, la Croatie, l'Espagne, la Finlande, la France, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, le Portugal, la République tchèque, la Slovénie, et la Suède. Les autres États membres sont libres de s'y associer à tout moment après son adoption. À cet égard, l'Estonie a annoncé son intention de participer à cette coopération.
(243) M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 9e éd. 2018, p. 331, § 576.
(244) Sur ce point, le considérant 17 précise : « Le présent règlement ne définit pas la notion de "mariage", qui est définie par le droit national des États membres ».
(245) Actuellement seuls huit pays européens autorisent le mariage entre personnes de même sexe : Allemagne, Belgique, Espagne, Finlande, France, Luxembourg, Portugal et Suède.

Le règlement a préféré laisser cette matière sous le contrôle de chacun des États membres, qui ont alors toute liberté d'accepter ou non un mariage célébré à l'étranger qui pourrait ne pas être conforme à leur propre conception du mariage (246) :
- les obligations alimentaires : cette matière relève du règlement nº 4/2009 du 18 décembre 2008 (247) ;
- la succession du conjoint décédé : la matière relève du règlement nº 650/2012 sur les successions ;
- les questions relatives à la sécurité sociale, aux pensions de retraite et d'invalidité ;
- la nature des droits réels portant sur un bien et la publicité de ces droits ;
- les matières fiscales, douanières et administratives.

§ II Domaine temporel

3170 Le règlement est entré en vigueur le 28 juillet 2016 et est en application depuis le 29 janvier 2019. Plus précisément, il s'applique :
- concernant la compétence juridictionnelle : à toutes les actions intentées à compter du 29 janvier 2019 et, sous certaines conditions, aux instances engagées avant cette date mais dont la décision aura été rendue après ;
- concernant la question relative à la détermination de la loi applicable : aux couples mariés à compter du 29 janvier 2019 ainsi qu'aux couples mariés avant cette date souhaitant modifier leur régime matrimonial.

Par conséquent, la détermination de la loi applicable au régime matrimonial résultera de trois corps de règles selon la date de célébration du mariage :
- mariages célébrés avant le 1er septembre 1992 : règles jurisprudentielles ;
- mariages célébrés entre le 1er septembre 1992 et le 28 janvier 2019 (et époux mariés avant le 29 janvier 2019 ayant modifié la loi applicable à leur régime matrimonial avant cette date) : application de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 ;
- mariages célébrés à compter du 29 janvier 2019 (et époux mariés avant le 29 janvier 2019 ayant modifié la loi applicable à leur régime matrimonial après cette date) : application du règlement nº 2016/1103.

Les praticiens devront, pour quelques dizaines d'années encore, être à même de jongler entre les différentes règles. Quelques exemples simples peuvent éclairer cette superposition des règles :
- des époux mariés en 1969 souhaitant changer de loi applicable à leur régime matrimonial :
  - ils auront pu le faire jusqu'au 28 janvier 2019 en vertu de l'article 6 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978,
  - ils pourront le faire à compter du 29 janvier 2019 en vertu de l'article 22 du règlement nº 2016/1103 ;
- des époux mariés sans contrat en 1995 pourront, même après 2019, se voir appliquer la mutabilité automatique de leur régime matrimonial en vertu de l'article 7 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978.

Il faut signaler que, contrairement au règlement relatif aux successions, il n'y a pas d'application anticipée du règlement s'agissant du choix de loi.

(246) V. cependant l'effet de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, *supra*, nº 3147.
(247) Règl. nº 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.

§ III Domaine spatial

Le champ d'application du règlement du 24 juin 2016 est très large : il s'applique de façon obligatoire dans tous les États membres qui participent à la coopération renforcée. En outre, compte tenu de son caractère universel (248), la loi désignée s'appliquera même si ce n'est pas celle d'un État membre ayant participé à la ratification. 3171

L'article 62 du règlement a envisagé le cas particulier des conventions internationales existantes (249).

Ainsi :
- la Convention de La Haye du 14 mars 1978 n'est plus applicable depuis le 29 janvier 2019 (mais des cas de mutabilité automatique prévus par la convention de La Haye peuvent encore surgir après le 29 janvier 2019) ;
- les conventions bilatérales conclues par la France avec des pays non signataires du règlement continuent à s'appliquer (250).

CHAPITRE II La détermination du régime matrimonial lors du mariage

En présence d'un élément d'extranéité il conviendra, dans un premier temps, de déterminer le régime matrimonial applicable lors du mariage des époux. 3172

Ce régime matrimonial peut avoir fait l'objet d'un choix. À défaut, il est déterminé au moyen des règles applicables en fonction de la date du mariage.

Il y a donc un régime matrimonial subjectif (choisi) **(Section I)** et un régime objectif (non choisi) **(Section II)**.

Section I Le régime matrimonial subjectif (loi choisie)

À l'occasion de la formation du mariage, le régime matrimonial en droit français résulte de l'établissement d'un contrat de mariage avant le mariage. 3173

Lorsqu'il est célébré à l'étranger, ce choix peut s'exprimer sous d'autres formes, et notamment par déclaration devant l'officier d'état civil lors du mariage.

(248) Règl. nº 2016/1103, art. 20.

(249) « 1. Le présent règlement est sans incidence sur l'application des conventions bilatérales ou multilatérales auxquelles un ou plusieurs États membres sont parties lors de l'adoption du présent règlement (...) et qui concernent des matières régies par le présent règlement, (...)
2. Nonobstant le paragraphe 1, le présent règlement prévaut, entre les États membres, sur les conventions conclues entre eux dans la mesure où ces conventions concernent des matières régies par le présent règlement. »

(250) Il s'agit de la convention franco-polonaise du 5 avril 1967 et de la convention franco-yougoslave du 18 mai 1971. En effet, la Pologne et les États de l'ex-Yougoslavie où la convention est encore en vigueur ne participent pas à la coopération renforcée. Toutefois avec la Croatie, il conviendra d'appliquer le règlement.

Sous-section I La déclaration hors contrat

3174 Les hypothèses de déclaration hors contrat restent marginales. Certaines déclarations sont reconnues valables. D'autres ne le sont pas.

En dehors de tout contrat de mariage, le choix pour une loi ou un régime matrimonial est valable si la volonté des époux est certaine et si les époux peuvent en rapporter la preuve.

3175 En Italie, par exemple, l'article 162, alinéa 2 du Code civil prévoit que le choix des futurs époux en faveur du régime de séparation des biens peut être déclaré dans l'acte de célébration du mariage (251).

Cette situation peut se présenter aussi dans la principauté de Monaco, mais uniquement pour les étrangers : en effet, les étrangers qui se marient à Monaco peuvent, si aucun contrat de mariage n'a été établi, faire connaître leur option en faveur du régime légal de leur loi nationale commune ou de la loi nationale de l'un des époux ou de la loi du domicile de l'un des époux. Cette option figurera dans l'acte de mariage (252). À défaut de contrat ou d'option, le régime légal monégasque s'appliquera (253).

Ce système d'option lors de la célébration du mariage est connu dans certains pays tels que le Mexique (254), le Chili (255), Madagascar (256), la Tunisie (257), la Turquie, le Pérou, le Gabon, le Mali ou encore la Roumanie (258).

(251) Cette désignation de loi applicable a récemment trouvé une application en droit fiscal. En effet, le tribunal administratif a eu à se prononcer sur le régime matrimonial de deux époux mariés en Italie et ayant déclaré dans leur acte de mariage choisir le régime de la séparation des biens en application du Code civil italien. Ces époux doivent être regardés comme séparés de biens au regard du droit fiscal français instaurant une imposition distincte des époux mariés en séparation de biens et ne vivant pas sous le même toit. « Considérant d'une part, qu'il résulte de l'instruction que les époux C. qui se sont mariés le 31 octobre 1994 en Italie, ont déclaré dans leur acte de mariage choisir le régime de la séparation de biens en application des articles 162 et 217 du Code civil italien ; que ce régime séparatiste dans le cadre duquel chaque époux peut conserver la propriété exclusive des biens acquis avant et après le mariage est assimilable au régime de la séparation de biens régi par le Code civil français » (TA Paris, 2e sect., 3e ch., 3 mai 2016).

(252) L'article 1241 du Code civil monégasque dispose : « Sur interpellation de l'officier de l'état civil, les futurs époux et les personnes qui autorisent le mariage, présentes à la célébration, déclarent s'il a été fait un contrat de mariage. Dans l'affirmative, les déclarants indiquent la date de ce contrat ainsi que les noms et résidence du notaire qui l'a reçu. Lorsque les futurs époux ou l'un d'eux sont étrangers et qu'ils déclarent n'avoir pas fait de contrat de mariage, le régime légal s'applique, à moins que, sur interpellation de l'officier d'état civil, ils n'aient déclaré se soumettre au régime légal du pays dont ils ont ou dont l'un d'eux a la nationalité ».

(253) Il s'agit de la séparation des biens.

(254) Au Mexique, il existe deux régimes légaux : l'article 103 du Code civil mexicain prévoit que « l'acte de mariage comporte la déclaration des époux aux termes de laquelle ils contractent mariage sous le régime de la société conjugale ou celui de la séparation des biens ». Cette règle s'applique dans le Code civil du district fédéral et dans les territoires fédéraux, le Mexique connaissant un système plurilégislatif.

(255) Le régime légal chilien est la société conjugale : les biens immeubles possédés au jour du mariage ainsi que ceux reçus par succession ou donation restent propres à chacun des époux. Les biens meubles quant à eux dépendent de la société conjugale à charge de récompense. Toutefois, les époux peuvent par simple déclaration émise lors du mariage adopter la séparation de biens ou la participation aux acquêts.

(256) Le régime légal malgache est le régime du *Kitay* : les biens sont partagés pour 2/3 au mari et 1/3 à l'épouse. Toutefois, ils peuvent lors de la célébration du mariage et sur interpellation de l'officier d'état civil choisir le régime du partage par moitié ou le régime de la séparation des biens.

(257) Le régime légal tunisien est celui de la séparation des biens. La loi tunisienne du 9 novembre 1988 permet aux époux d'opter dans l'acte de mariage lors de la célébration du mariage pour le régime de la communauté : il s'agit d'une communauté d'acquêts dont les époux peuvent élargir le domaine en faisant mention expresse dans l'acte (art. 2).

(258) M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 9e éd. 2018, p. 279, § 477.

Les déclarations faites avant le mariage ne sont toutefois pas toujours prises en compte : en effet, la preuve de la volonté expresse des époux doit être clairement établie. 3176

Par ailleurs, certains pays connaissent plusieurs régimes légaux : ainsi au Brésil, le régime légal est de nature communautaire, mais le régime de séparation des biens s'impose en tant que régime légal lorsque l'un des futurs époux est âgé de plus de soixante ans (259).

Lorsque la déclaration d'option est valable en la forme, il y a lieu toutefois de vérifier que la loi choisie est conforme aux règles de conflit de lois.

– Avant la convention de La Haye. – Compte tenu de la règle de conflit de la loi d'autonomie de la volonté, il ne devrait pas y avoir de difficulté particulière à reconnaître la déclaration en faveur d'un régime matrimonial au moment du mariage. 3177

– Sous l'empire de la convention de La Haye. – Pour des époux dont le mariage a été célébré après le 1er septembre 1992, il y aura lieu de vérifier la régularité de l'option par rapport au choix de loi limité prévu à l'article 3 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978. 3178

Les époux ne peuvent désigner avant le mariage que :

« 1. la loi d'un État dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation ;

2. la loi de l'État sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation ;

3. la loi du premier État sur le territoire duquel l'un des époux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage (...). »

Ainsi, lorsque deux époux souhaitaient se marier en Italie les cas suivants pouvaient se présenter :

- couple mixte franco-italien : la déclaration d'option était valable, en application de la loi de la nationalité italienne de l'un d'eux ;
- deux époux français : la déclaration d'option n'était valable que si l'un d'eux (ou les deux) avait sa résidence habituelle en Italie ou si les époux pensaient y établir leur résidence habituelle après le mariage.

Cependant, au regard de la validité en la forme, la convention des époux quant à leur choix de loi doit être formulée par écrit, datée et signée des deux époux et l'article 13 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 dispose : « La désignation par stipulation expresse de la loi applicable doit revêtir la forme prescrite pour les contrats de mariage, soit par la loi interne désignée, soit par la loi interne du lieu où intervient cette désignation. Elle doit toujours faire l'objet d'un écrit daté et signé des deux époux ».

Ainsi, une déclaration expresse des époux non signée par eux ne serait pas valable en la forme et n'emporterait pas choix de loi.

– Sous l'empire du règlement « Régimes matrimoniaux ». – Le considérant 45 du règlement du 24 juin 2016 indique que le choix de loi applicable au régime matrimonial peut être fait à tout instant avant le mariage ou lors de la célébration du mariage (260). 3179

(259) C. civ. brésilien, art. 1641.

(260) Consid. 45 : « Afin de faciliter la gestion de leurs biens par les époux, le présent règlement devrait leur permettre de choisir la loi applicable à leur régime matrimonial, indépendamment de la nature ou de la localisation des biens, parmi les lois ayant un lien étroit avec les époux du fait de leur résidence habituelle ou de leur nationalité. Ce choix peut intervenir à tout moment, avant le mariage, lors de la célébration du mariage ou au cours de ce dernier ».

Cependant, comme pour les époux soumis à la convention de La Haye, cette option devra être appréciée en tenant compte du choix de loi limité prévu à l'article 22 du règlement (261).

L'article 25.1 du règlement pose les mêmes exigences que l'article 13 de la convention de La Haye : « La convention matrimoniale est formulée par écrit, datée et signée par les deux époux. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite ». Par conséquent, une déclaration non signée par les deux époux ne saurait valoir choix de loi au sens du règlement.

Sous-section II L'établissement d'un acte

3180 L'établissement d'un acte permet de déterminer la loi applicable et le régime matrimonial à l'intérieur de la loi désignée, sous réserve de ce qui vient d'être dit.

Cet acte peut être un acte de désignation de loi applicable ou un contrat de mariage.

§ I Conditions de validité

3181 Le choix des époux quant à une loi applicable à leur régime matrimonial ou en faveur d'un régime conventionnel s'effectue par contrat de mariage. Comme tout acte, celui-ci doit respecter les conditions de capacité, de consentement des époux et de forme de l'acte.

A/ Capacité et consentement des époux

3182 La capacité des époux à établir un contrat de mariage doit se vérifier en fonction de la loi nationale de chacun d'eux. Cette règle a été édictée par la Cour de cassation pour la seconde fois en 1971 (262).

L'article 10 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 précise : « Les conditions relatives au consentement des époux quant à la loi déclarée applicable sont déterminées par cette loi ».

Le règlement (UE) nº 2016/1103 précise dans son article 24 : « 1. L'existence et la validité d'une convention sur le choix de la loi ou de toute clause de celle-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu de l'article 22 de la convention si la convention ou la clause était valable. 2. Toutefois, pour établir son absence de consentement, un époux peut se fonder sur la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle au moment où la juridiction est saisie s'il ressort des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cet époux conformément à la loi visée au paragraphe 1 ».

B/ Forme de la convention

3183 **Avant le 1er septembre 1992**, dans le système de droit commun, la forme du contrat dépendait du lieu de sa conclusion en vertu de la règle *Locus regit actum* (263).

(261) V. *infra*, nº 3191.

(262) Cass. 1re civ., 16 juill. 1971, *Chelly* : « la capacité de chaque époux de conclure un contrat de mariage est déterminée par sa loi nationale ».

(263) En principe cette règle est facultative. Toutefois, il semble que la jurisprudence hésite à faire application d'une autre règle que celle du lieu de conclusion du contrat s'agissant des régimes matrimoniaux.

Entre le 1er septembre 1992 et le 28 janvier 2019, la convention de La Haye édictait deux règles concernant la validité formelle de la convention :

L'article 12 précisait que le contrat de mariage était valable quant à la forme si celle-ci répondait soit à la loi interne applicable au régime matrimonial, soit à la loi interne en vigueur au lieu où le contrat avait été passé. Il devait toujours faire l'objet d'un écrit daté et signé des deux époux. Quant à l'article 13, il disposait que : « La désignation par stipulation expresse de la loi applicable doit revêtir la forme prescrite pour les contrats de mariage, soit par la loi interne désignée, soit par la loi interne du lieu où intervient cette désignation. Elle doit toujours faire l'objet d'un écrit daté et signé des deux époux ».

Depuis le 29 janvier 2019, l'article 23 du règlement no 2016/1103 pose les conditions de validité formelles de la convention portant sur le choix de la loi applicable au régime matrimonial de la façon suivante :

Le paragraphe premier du texte commence par imposer un formalisme minimal au moyen d'une règle matérielle de droit internationale privé : « 1. La convention visée à l'article 22 [de choix de loi] est formulée par écrit, datée et signée par les deux époux. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite ».

Puis, l'article 23 pose également des règles de conflit de lois dans certaines situations où il y aura lieu de respecter une loi imposant un formalisme particulier.

« 2. Si la loi de l'État membre dans lequel les deux époux ont leur résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention prévoit des règles formelles supplémentaires pour les conventions matrimoniales, ces règles s'appliquent.

3. Si, au moment de la conclusion de la convention, les époux ont leur résidence habituelle dans des États membres différents et si les lois de ces États prévoient des règles formelles différentes pour les conventions matrimoniales, la convention est valable quant à la forme si elle satisfait aux conditions fixées par l'une de ces lois.

4. Si, au moment de la conclusion de la convention, seul l'un des époux a sa résidence habituelle dans un État membre et si cet État prévoit des règles formelles supplémentaires pour les conventions matrimoniales, ces règles s'appliquent. »

Ainsi, si les époux ont leur résidence habituelle en France, la convention de choix de loi devra prendre la forme d'un acte notarié, même si elle est établie hors de France : la forme française s'imposera quelle que soit la nationalité des époux.

Si les époux ont leur résidence habituelle dans des États membres différents, la convention sera valable si elle satisfait aux conditions fixées par l'une des ces lois. Si l'un des époux réside en France et l'autre dans un État membre qui prévoit que les conventions matrimoniales puissent être passées par acte sous seing privé, les époux pourront opter pour cette loi plus libérale (264).

En droit français, la convention doit être passée par acte notarié. Le notaire français, en présence de futurs époux résidant tous deux dans le même État membre, devra vérifier si un formalisme supplémentaire s'applique : tel peut être le cas de la publicité de la convention sur un registre spécifique.

(264) Sur ces hypothèses, V. E. Fongaro, *Le choix de la loi applicable au régime matrimonial : JCP* N 2018, 1166.

§ II Lois pouvant être choisies

3184 Les lois pouvant être choisies par les époux diffèrent en fonction de la date du mariage. Une fois de plus, il y a lieu de distinguer les trois périodes.

A/ Époux mariés avant le 1er septembre 1992

3185 Pour les époux mariés avant le 1er septembre 1992, c'est le droit commun qui s'applique.

La désignation du régime matrimonial applicable peut être effectué de façon expresse dans un contrat de mariage. Les époux peuvent choisir n'importe quelle loi pour régir leurs rapports patrimoniaux, quand bien même celle-ci ne présenterait aucun lien avec le couple.

Ils ont une liberté totale de choix. Toutefois, dans la pratique, on observe que les époux ne choisissent jamais une loi d'un pays qui ne présente aucun lien avec leur situation.

La loi ainsi choisie s'applique à l'ensemble du patrimoine. La seule limite à cette grande liberté est le respect de l'ordre public et des dispositions impératives du droit français.

Ainsi, un contrat de mariage assignant des tâches ménagères à l'épouse exclusivement ou prévoyant des règles différentes de partage selon le sexe serait considéré comme contraire à l'ordre public international français.

B/ Époux mariés entre le 1er septembre 1992 et le 28 janvier 2019

3186 Pour les époux mariés entre le 1er septembre 1992 et le 28 janvier 2019, il sera fait application de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, entrée en vigueur en France le 1er septembre 1992, dont les seuls États signataires sont les Pays-Bas, le Luxembourg et la France.

Celle-ci maintient le principe d'autonomie de la volonté, mais de façon limitée en matière de régime matrimonial : « Le régime matrimonial est soumis à la loi interne désigné par les époux avant le mariage » (265).

La référence à la loi interne exclut le renvoi.

Contrairement à la règle jurisprudentielle applicable à des époux mariés avant le 1er septembre 1992, la convention de La Haye limite le choix des époux à des lois présentant des liens avec eux **(I)** et permet dans certaines situations l'application de plusieurs lois **(II)**.

I/ Un choix limité de lois

3187 Les époux ont le choix de la loi applicable à leur régime matrimonial, mais ce choix est limité.

L'une des lois suivantes peut être choisie (266) :

« 1. La loi d'un État dont l'un des époux à la nationalité du moment de la désignation ;

2. La loi de l'État sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation ;

3. La loi du premier État sur le territoire duquel l'un des époux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage.

(265) Conv. La Haye 14 mars 1978, art. 3.
(266) Conv. La Haye 14 mars 1978, art. 3, al. 2.

La loi ainsi désignée s'applique à l'ensemble de leurs biens. Toutefois, que les époux aient ou non procédé à la désignation prévue par les alinéas précédents, ils peuvent désigner, 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 ».

– Choix de la nature du régime matrimonial. – La Convention de La Haye du 14 mars 1978 et son rapport explicatif sont restés silencieux sur le fait de savoir si des époux qui désignaient la loi applicable à leur régime matrimonial pouvaient, dans le cadre de cet acte, désigner l'un des régimes matrimoniaux proposés par la loi désignée, ou s'ils étaient automatiquement soumis au régime légal de la loi désignée. **3188**

Pour combler ce silence, chaque État signataire a précisé ses règles de droit interne applicables.

La doctrine française considérait que c'était le régime légal de la loi désignée qui s'appliquait aux époux. Le choix d'un régime conventionnel ne pouvait s'effectuer qu'en respectant les règles de changement de régime matrimonial de la loi désignée. Ainsi, en France, les époux devaient-ils attendre deux années d'application du régime matrimonial pour ensuite pouvoir changer de régime, sous réserve de respecter les conditions énoncées à l'article 1397 du Code civil, tandis que les Pays-Bas et le Luxembourg avaient adopté une position plus souple en acceptant le choix immédiat lors de la désignation de la loi applicable d'un régime conventionnel (267).

Afin d'unifier l'interprétation des États signataires et de contribuer à l'efficacité de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, la loi n° 97-987 du 28 octobre 1997 a ajouté à l'article 1397-3 du Code civil un troisième alinéa en ces termes : « À l'occasion de la désignation de la loi applicable, avant le mariage ou au cours de celui-ci, les époux peuvent désigner la nature du régime matrimonial choisi par eux ».

Ainsi, les époux qui désignent la loi française comme loi applicable à leur régime matrimonial pourront, lors de cette déclaration, désigner l'un des régimes conventionnels prévus par la loi française.

II/ Unicité ou pluralité de lois applicables

La loi ainsi désignée s'applique en principe à l'ensemble des biens des époux (268). **3189**

Si la convention de La Haye énonce le principe de l'unicité de la loi applicable, celui souffre toutefois d'une exception : les époux peuvent choisir pour les immeubles leur lieu de situation (269).

Ce rattachement a largement été utilisé (surtout avant l'entrée en vigueur du règlement européen en matière successorale) au profit des couples anglo-saxons souhaitant favoriser leur conjoint. Ainsi, l'adoption d'un régime de la communauté avec attribution intégrale de cette communauté sur les immeubles situés en France permettait de donner satisfaction à ces couples qui s'étaient d'ailleurs protégés au regard de leur propre loi successorale exempte de réserve héréditaire.

(267) M. Revillard, *op. cit.*, nos 483 et s.
(268) Conv. La Haye, art. 3, al. 3 : « La loi ainsi désignée s'applique à l'ensemble de leurs biens ».
(269) Conv. La Haye, art. 3, al. 4 : « Toutefois, que les époux aient ou non procédé à la désignation prévue par les alinéas précédents, ils peuvent désigner, 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 ».

Ce choix s'effectuait plutôt, il est vrai, dans le cadre d'un changement de loi, au moment de l'acquisition d'un bien immobilier en France.

Cette pluralité de lois applicables n'a pas été retenue dans le règlement européen du 24 juin 2016 qui consacre l'unicité de la loi applicable sur l'ensemble des biens.

C/ Époux mariés à compter du 29 janvier 2019

3190 En matière de lois pouvant être choisies, le règlement du 24 juin 2016 opère un changement :
- mesuré s'agissant des lois potentiellement applicables ;
- radical s'agissant de l'unicité de la loi applicable.

I/ Un choix limité de lois

3191 C'est l'article 22 du règlement du 24 juin 2016 qui détermine les lois pouvant être choisies :

« 1. Les époux ou futurs époux peuvent convenir de désigner ou de modifier la loi applicable à leur régime matrimonial, pour autant que ladite loi soit l'une des lois suivantes :

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 ».

Une différence existe par rapport à la convention de La Haye : le règlement n'a pas retenu le choix en faveur la loi de la future résidence habituelle des époux, ni de scission possible du régime matrimonial concernant les biens immobiliers.

Une question se pose en présence d'époux ou de futurs époux ayant plusieurs nationalités : ont-ils la faculté d'effectuer un choix parmi toutes leurs nationalités ou sont-ils limités dans leur choix ? À ce sujet, il est renvoyé aux développements effectués pour les partenaires dans le cadre du règlement n° 2016-1104 dont la rédaction est identique sur ce point (270).

3192 **– Choix de la nature du régime matrimonial. –** La question se pose de savoir si les époux peuvent désigner le régime conventionnel de la loi choisie.

La réponse n'est pas certaine.

En effet, l'article 1397-3, alinéa 3 du Code civil issu de la loi du 28 octobre 1997 (271) vise expressément la convention de La Haye.

Ainsi il ne semble pouvoir s'appliquer que dans le cadre de la convention.

Certains auteurs, tout en regrettant que le règlement ne précise pas clairement cette option, estiment toutefois que les époux devraient pouvoir désigner le régime conventionnel de la loi choisie.

Ainsi Mme Hélène Péroz et M. Éric Fongaro indiquent (272) que « la lecture du 18e considérant du règlement pourrait nous donner une piste. En effet [celui-ci précise que] la notion de régime matrimonial doit englober non seulement les règles auxquelles les époux ne peuvent déroger, mais aussi toutes les règles facultatives qui peuvent être fixées par les

(270) Sur les partenariats enregistrés, V. *supra,* n° 3114. Il convient de se reporter au considérant 50 et non au 49, ces deux considérants ayant toutefois une rédaction identique.
(271) V. *supra,* n° 3188.
(272) H. Péroz et E. Fongaro, *Droit international privé patrimonial de la famille,* LexisNexis, 2e éd. 2017, n° 568, dossier 28.

époux conformément à la loi applicable. On peut déduire de ce 18e considérant que la loi choisie par les époux vise non seulement le régime légal, mais aussi les régimes conventionnels en tant que règles facultatives ».

Le Cridon de Paris (273) précise : « Mais, peut-être pourrions-nous dire que, quand bien même la loi de 1997 est une loi d'application de la convention de La Haye, l'article 1397-3 est rédigé d'une manière suffisamment générale pour qu'il trouve application dans les règlements ».

II/ Unicité de la loi applicable

3193 Le règlement européen ne reprend pas la possibilité de « dépeçage » admise par la convention de La Haye.

En effet, l'article 21 du règlement précise : « Unité de la loi applicable : La loi applicable au régime matrimonial en vertu de l'article 22 ou 26 s'applique à l'ensemble des biens relevant de ce régime, quel que soit le lieu où les biens se trouvent ».

Les rédacteurs du règlement ont voulu favoriser l'unicité du patrimoine.

Hier, les couples investisseurs anglo-saxons utilisaient la convention de La Haye avec désignation de la loi applicable aux immeubles situés en France ; aujourd'hui, ils vont se tourner vers une autre disposition : ils peuvent recourir au règlement européen sur les successions et effectuer une *professio juris* en faveur de leur loi nationale. Cette possibilité sera étudiée dans la cinquième partie (274).

§ III Réception en France et reconnaissance à l'étranger des contrats de mariage

3194 Le nombre d'expatriés français ne cesse d'augmenter. Au 31 décembre 2017, ils étaient plus de 1 800 000 (275) à être inscrits au registre des Français de l'étranger, soit une augmentation de 2,2 % par rapport à l'exercice 2016. À vrai dire, ils sont plus nombreux. Comme l'inscription sur les listes consulaires n'est pas obligatoire, le quai d'Orsay estime qu'il y a entre 2 millions et 2,5 millions de Français expatriés partout dans le monde. Quasiment la moitié des expatriés français vit en Europe.

La Suisse reste la destination numéro un pour les expatriés français. On trouve ensuite les États-Unis puis le Royaume-Uni pour compléter le podium. Les Émirats arabes unis continuent d'attirer les Français : en 2013, il y avait un peu plus de 17 000 Français à Dubaï et Abu Dhabi et en 2007 plus de 23 000.

Dans les trois pays du Maghreb (Maroc, Algérie, Tunisie), les Français sont de plus en plus nombreux. En Amérique du Sud, le Brésil constitue la première destination.

Conseiller la rédaction d'un contrat de mariage dans un contexte de plus en plus international apparaît aujourd'hui comme un prérequis ; s'assurer de sa validité en la forme et au fond en pays étranger, une approche pragmatique absolument nécessaire.

3195 À l'inverse, le notaire pourra avoir à connaître du régime matrimonial d'époux ayant établi un contrat de mariage à l'étranger. Il se posera alors la question de la validité de ce contrat et de l'application de ses clauses. Il n'est pas possible, dans le cadre de la présente commission, de recenser la multitude de contrats pouvant exister. Il sera envisagé différents

(273) *Bull. Cridon Paris* 15 mars 2018.
(274) V. *infra*, n° 3389.
(275) 1 821 519 exactement (Source : Le blog voyage by Chapka. Chapka Assurances, 7 mai 2018 : blog.chapkadirect.fr/expatries-francais-2017/).

types de contrats pouvant le plus usuellement être rencontrés par le notaire français : le *prenuptial agreement* de droit anglo-saxon, d'une part **(A)**, et les contrats de natures diverses, d'autre part **(B)**.

A/ Le contrat de droit anglo-saxon : le *prenuptial agreement*

3196 Le nombre de Français installés au Royaume-Uni est estimé à 300 000 personnes dont 200 000 dans le Grand Londres (276). Certains qualifient Londres de « XXIe » arrondissement de Paris.

Se pencher sur la validité, l'efficacité et l'opportunité des conventions matrimoniales françaises et britanniques est donc important. Pour le notaire français, il s'agit non d'une hypothèse d'école mais de situations pouvant être fréquemment rencontrées.

3197 Le contrat de mariage français et le *prenuptial agreement* de droit anglo-saxon présentent de multiples différences. Le notaire français sera confronté à deux questions :
- comment accueillir un *prenuptial agreement* établi à l'étranger ?
- et, bien entendu, comment procéder pour que son contrat de droit français soit reçu en pays de droit anglo-saxon ?

I/ Les différences entre les deux conventions

3198 Ces différences proviennent de la nature même des deux systèmes juridiques :
- le Code civil français s'est inspiré du droit féodal et a eu longtemps pour objectif de maintenir les biens dans la famille par le sang ;
- le droit anglo-saxon est plus attaché à la protection du conjoint.

Les différences les plus importantes portent sur cinq points (277).

a) Champ d'application

3199 Le contrat de mariage a pour objectif de fixer les règles de pouvoir et de propriété des époux sur les biens durant le mariage et la liquidation de ces biens au jour de la dissolution du mariage par divorce ou par décès.

Le *prenuptial agreement*, quant à lui, a pour but d'encadrer les conséquences patrimoniales et financières de la rupture en précisant les compensations dues en cas de divorce.

En effet, le droit anglo-saxon ne connaît pas la notion de régime matrimonial.

b) Application de la convention

3200 En cas de divorce, l'obligation ou non d'appliquer le contrat sera différente selon la juridiction saisie.

En effet en France le juge est lié par le contrat de mariage et il l'appliquera (sauf bien entendu s'il est contraire à l'ordre public français).

Dans les pays anglo-saxon, à l'inverse, si le contrat est par principe appliqué, le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour l'écarter ou l'appliquer partiellement.

3201 Le cas des époux Radmacher/Granatino a alimenté la chronique *people* en 2010. En 1998 M. Granatino, de nationalité française, se marie à Londres avec Mme Radmacher, riche héritière allemande. L'union est précédée de la signature d'une convention matrimoniale

(276) Source : site France diplomatie.

(277) *Aspects pratiques des contrats de mariages internationaux - L'expérience anglaise : Dr. famille* 2015, dossier 31, étude W. Healing, *sollicitor* associé Kinsley Napley, Londres.

établie par un notaire allemand prévoyant que le futur époux s'engageait à ne réclamer aucun bien sur le patrimoine de sa future épouse en cas de divorce.

Les époux s'installent et divorcent en Angleterre. Les juges de première instance condamnent Mme Radmacher à verser à son ex-mari la somme de 6,6 millions d'euros compte tenu de la différence de patrimoines. La cour d'appel puis la Cour suprême (278) appliquent le *prenuptial agreement*. Ainsi il est important de relever qu'un pays de *common law* a donné plein effet au contrat de mariage allemand conclu entre les époux.

De cette décision, il y a lieu de considérer que la convention matrimoniale sera ou non exécutée en fonction des circonstances dans lesquelles elle a été signée et de la situation des époux au moment du divorce.

Il est à noter que la Cour suprême n'a pas déclaré que les conventions de mariage devaient être obligatoirement appliquées.

Elle a simplement indiqué que ces contrats n'écartaient pas la compétence de la cour, mais que celle-ci devait « donner un poids approprié (décisif) a un tel contrat ».

c) Formalités requises lors de la rédaction de la convention matrimoniale

En France, le contrat de mariage doit être établi avant le mariage par acte notarié. **3202**

En Angleterre, les formalités qui entourent la signature de la convention matrimoniale sont plus lourdes :
- divulgation du patrimoine des époux (*Financial Disclosure*) : chaque époux doit dresser un inventaire de son patrimoine et le « divulguer » à son futur conjoint ;
- indépendance des conseillers des parties : chaque époux doit être conseillé par son propre conseil (*independance advice*). Un époux pourra toujours invoquer l'absence d'avocat personnel pour demander la nullité du contrat ;
- la date de signature de la convention : il est conseillé de signer le *prenuptial agreement* au moins vingt-huit jours avant la date de célébration du mariage, ceci étant considéré comme un délai de réflexion.

d) Prise en compte des circonstances du divorce

La Cour suprême prend en compte les circonstances du divorce : l'existence d'enfants, l'enrichissement d'un seul époux grâce à l'investissement des deux époux... **3203**

Le juge anglais appliquera le *prenuptial agreement* s'il considère qu'il en résultera une situation équitable pour chacun des époux.

e) Stipulation d'éléments alimentaires dans le contrat

En France, il semblerait que toute stipulation d'un contrat de mariage relative à l'existence ou au montant d'une prestation compensatoire due par un époux en cas de divorce pourrait être contraire à l'ordre public. **3204**

En droit anglais au contraire, les futurs époux fortunés ont toujours intérêt à prévoir dans le *prenuptial agreement* une pension alimentaire sous forme de capital, qui équivaut à notre prestation compensatoire. C'est même là sa vocation première.

Ces différences sont suffisamment importantes pour que les questions de la reconnaissance en France d'un *prenuptial agreement*, et dans les pays anglo-saxons d'un contrat de mariage français soient posées.

(278) Arrêt *Radmacher* c/ *Granatino*, 2 juill. 2009.

II/ Reconnaissance en France d'un *prenuptial agreement*

a) Sa validité

3205 En premier lieu, il convient de vérifier la validité du *prenuptial agreement*.

La jurisprudence française a tendance à soumettre la validité au fond d'un *prenuptial agreement* à la loi du divorce.

En conséquence, si la loi du divorce est la loi française, ce contrat risque d'être regardé comme non valable dès lors qu'il a pu être retenu que la prestation compensatoire faisant partie des droits indisponibles, l'ordre public français s'oppose à la validité de ces conventions.

b) Sa qualification

3206 Dans le cas de *prenuptial agreement*, il peut être prévu pour des couples franco-anglais une compensation financière au moment du divorce. Le droit anglais, qui ne connaît pas la notion de régime matrimonial, traite les époux comme des étrangers l'un envers l'autre sur le plan patrimonial. Il peut donc être difficile pour le juge français de qualifier cette compensation financière et de déterminer si elle a une finalité alimentaire (non valable) ou une finalité de compensation de la disparité créée par la rupture de l'union.

On rappellera que la notion de régime matrimonial peut se définir comme « l'ensemble des règles relatives aux rapports patrimoniaux des époux entre eux et dans leurs relations avec des tiers, qui résultent du mariage ou de sa dissolution » (279).

Cette notion est assez large et il peut être difficile de distinguer entre les rapports patrimoniaux résultant du divorce et la notion d'obligation.

La Cour de justice des Communautés européennes, dans un arrêt *Van Den Boogaard* du 22 février 1997, a été interrogée sur la ligne de partage entre les catégories « régimes matrimoniaux » et « obligations alimentaires » (280).

Elle a posé les principes suivants :
- la décision prise par le juge a un caractère alimentaire si la somme d'argent tend à assurer l'entretien de l'un des époux dans le besoin ou si les ressources et besoins de chacun sont pris en considération ;
- la décision concerne les régimes matrimoniaux lorsqu'elle vise uniquement à la répartition des biens entre les époux ;
- lorsque la décision combine les deux fonctions, il appartient au juge de distinguer entre les deux aspects alimentaire et/ou patrimonial.

3207 Lorsque des époux français établiront un *prenuptial agreement* dont les juridictions françaises pourront être amenées à connaître, ils devront bien préciser dans le contrat ce qui relève du régime matrimonial et ce qui relève des obligations alimentaires. Pour les règles relatives au choix du régime matrimonial, il est recommandé d'indiquer expressément, et ce même si l'Angleterre n'est pas partie à cette convention, que le choix du droit anglais pour régir les rapports patrimoniaux entre les époux est fait conformément au règlement (UE) sur les régimes matrimoniaux.

S'agissant des dispositions ayant vocation à s'appliquer en cas de divorce et fixant par avance le montant dû par l'un des époux, il est recommandé d'insister sur la notion de

(279) Règl. nº 2016/1103, art. 3, sur les régimes matrimoniaux.
(280) CJCE, 5e ch., 22 févr. 1997, aff. C-220/95, *Antonius Van den Boogaard* c/ *Paula Laumen*.

besoin ou de ressources des époux afin que le juge français comprenne qu'il s'agit de dispositions relevant de la catégorie « obligations alimentaires » (281).

En tout état de cause, il conviendra d'être très prudent lors des conseils qui pourraient être délivrés lors de la rédaction de ces contrats.

III/ Reconnaissance en Angleterre d'un contrat de mariage français

3208 Alors que le juge français est tenu par les termes du contrat, les juridictions anglaises ne sont pas tenues par les accords passés entre les époux lors du mariage : en effet, le système anglais accorde au juge la faculté d'écarter ou de modifier un accord même librement consenti par les parties.

Cependant, depuis l'arrêt *Radmacher* contre *Granatino* (282), les juges ont pris en compte la convention passée entre les époux lorsqu'ils ont statué sur les conséquences financières du divorce.

Le notaire français appelé à établir un contrat de mariage pouvant être connu du juge anglais devra prendre des précautions. Trois sont essentielles afin d'adapter le contrat au formalisme du *prenuptial agreement* :
- chaque partie doit être assistée de son propre conseil ;
- le contrat doit inclure une présentation détaillée du patrimoine respectif des futurs époux et de leurs revenus. Cet état pourra être joint en annexe du contrat ;
- le contrat doit être signé bien avant le mariage (pour le *prenuptial agreement*, un délai de vingt-huit jours est en général requis (283).

Le notaire français devra donc rédiger un véritable contrat « sur mesure » qui exprime clairement le choix réfléchi des futurs époux.

Pour assurer le respect du contradictoire, deux types de précautions pourraient être prises :
- assurer la réception du contrat par deux notaires, chacun assistant un des époux ;
- ou recevoir l'acte en présence des deux avocats conseillant chacun des époux, cette seconde solution répondant davantage aux impératifs anglo-saxons.

Toutes ces précautions devront être prises afin que ce contrat soit susceptible d'être accepté par le juge anglo-saxon.

B/ Autres types de conventions matrimoniales

3209 Il sera envisagé divers autres types de contrats auxquels le notaire pourra être confronté qui, pour certains d'entre eux, bien qu'établis à l'occasion d'un mariage, ne pourront pas être qualifiés de contrat de mariage.

I/ Les limites à la liberté contractuelle

3210 Dans les pays dits de droit civil ou *civil law*, il existe indéniablement, dans l'esprit du législateur, un rapport intellectuel entre l'organisation des relations pécuniaires entre époux et leurs droits successoraux.

(281) *Les* prenuptial agreement *et les contrats de mariage : perspective franco-anglaise. Point de vue de l'avocat anglais : Dr. famille* 2015, dossier 30, étude D. Eskenazi avocat aux barreaux de Paris et New York, Libra Avocats.
(282) V. *supra*, n° 3201.
(283) L'arrêt *Radmacher* susvisé a toutefois appliqué une convention matrimoniale signée peu avant le mariage.

On sait qu'une des raisons de la place très modeste faite à l'origine au conjoint survivant en droit français dans l'ordre successoral a été la croyance qu'il bénéficierait nécessairement de la moitié de la communauté.

La possibilité pour les époux de soumettre leur union sur le plan patrimonial à un autre régime que le régime légal ou d'aménager ce dernier au moyen d'un contrat est généralement admise, avec toutefois certaines restrictions.

Ainsi en Roumanie est-il possible d'adopter par contrat un régime de séparation de biens ou un régime communautaire permettant d'élargir la composition de la communauté, de modifier les règles de partage de cette communauté ou de permettre au conjoint de prélever tel ou tel bien avant le partage de la succession, mais la convention matrimoniale ne peut modifier l'ordre légal des successions et ne peut anéantir les règles propres à la réserve héréditaire considérées comme d'ordre public (284).

Il est dès lors facilement imaginable que les avantages matrimoniaux stipulés dans les contrats de mariage ne seront pas toujours bien accueillis dans certains pays défenseurs de la réserve successorale au titre de l'ordre public. Il conviendra en tout état de cause de vérifier que cet avantage pourra bien s'exécuter au moment du décès de l'un des époux, au regard des règles de conflit de lois, d'une part, et de l'ordre public, d'autre part.

II/ Les pièges de la terminologie : l'exemple de la société conjugale

3211 D'une manière générale, les conventions matrimoniales portant adoption d'un régime de communauté seront d'une lecture assez aisée pour le notaire français habitué à liquider des régimes de ce type.

Toutefois, le droit comparé recèle parfois quelques pièges liés à la terminologie. Les régimes de communauté font parfois référence à la notion de « société conjugale ». Il en est ainsi au Mexique (285), en Uruguay (286), au Vénézuela (287), en Argentine (288) pour ne citer qu'eux, que ce soit au titre du régime légal ou au titre d'une communauté conventionnelle.

Cette société conjugale diffère considérablement de la société de droit commun. En réalité, elle n'a en commun avec la société que l'appellation. Originairement cette référence à la notion de société a été imaginée pour permettre au mari de conserver l'administration des biens. Ainsi, si une propriété était léguée aux deux époux, sans la référence à la société, ce bien devenait commun et le mari ne pouvait plus administrer ni disposer de ce bien sans respecter les formalités nécessaires à l'administration des biens réservés de son épouse. Quand cette propriété entrait dans l'actif social, le mari pouvait administrer et disposer librement des biens sociaux et l'épouse ne possédait alors qu'un droit de créance portant sur la moitié de l'actif social au moment de sa dissolution.

Autre curiosité pour le notaire français, celle de « la communauté continuée » qui peut se rencontrer dans les pays scandinaves. Au-delà du décès, le conjoint survivant reste en possession des biens de communauté dont il peut disposer seul à titre onéreux (sans l'autorisation des enfants majeurs et communs au couple). Cette communauté continuée fait en réalité penser à notre notion de quasi-usufruit, les enfants ayant un droit de créance au décès du second des époux.

(284) Cf. C. Nicolescu, *Corrélations entre les règles spécifiques des régimes matrimoniaux et celles du droit successoral dans le système du Code civil roumain : SUBB Iurisprudentia* n° 2/2013 (studia.ubbcluj.ro/download/pdf/797.pdf).
(285) C. civ. mexicain, art. 103.
(286) C. civ. uruguayen, art. 1938 et 1941.
(287) C. civ. vénézuelien, art. 148.
(288) C. civ. argentin, art. 1261 et s.

La diversité des régimes matrimoniaux et des clauses contenues dans les contrats de mariage nécessite une faculté d'adaptation dans l'analyse qui en sera faite par le notaire français. Les contrats de séparation de biens pure et simple se ressemblent et ne devraient pas poser de difficulté, sauf éventuellement en ce qui concerne les modalités de calcul de créances entre époux. En revanche, les contrats de participation aux acquêts ou de communauté différée des augments sont par nature plus compliqués à appréhender. Récemment (le 4 février 2010) et pour la première fois, il a été imaginé un contrat commun à deux pays, en l'occurrence la France et l'Allemagne.

III/ Exemple inédit d'un régime matrimonial contractuel commun : le régime de participation aux acquêts franco-allemand

3212 Depuis le 1er mai 2013, existe en droits français et allemand un nouveau régime matrimonial s'ajoutant à ceux déjà connus par ces États : il s'agit du régime optionnel franco-allemand de participation aux acquêts issu d'un accord entre la France et l'Allemagne. Cet accord bilatéral, signé le 4 février 2010 par la République fédérale d'Allemagne et la République française, est entré en vigueur le 1er mai 2013, suite à sa ratification par ces deux États, respectivement par les lois du 15 mars 2012 et du 28 janvier 2013 (289). L'objectif fixé au groupe de travail était de proposer un régime unique, qui s'applique et se liquide de manière identique dans les deux pays.

Si une place lui a été réservée dans le BGB (290), on peut regretter qu'aucune mention n'en ait été faite dans le Code civil français.

Ce régime est une forme de participation aux acquêts déjà connue comme régime conventionnel en France et régime légal en Allemagne sous l'appellation de « communauté différée des augments ». Il est le fruit d'un compromis, les deux régimes présentant des différences significatives. En effet, les solutions retenues empruntent aux deux législations et bousculent quelque peu les principes français en matière d'évaluation des biens.

L'accord franco-allemand a retenu dans ses grandes lignes un régime de participation aux acquêts classique. Il ne déroge pas au principe de base qui est la séparation des biens (291) pendant le mariage. La participation prend la forme d'une créance, exigible après la dissolution du régime et correspondant à la moité du surplus d'enrichissement de l'un des époux par rapport à l'autre (292).

3213 **– Les candidats au régime optionnel franco-allemand. –** Selon les documents de présentation du décret de 2013, le « cœur de cible » est constitué des couples franco-allemands. Mais le domaine d'application qui résulte de l'article 1er est plus large, puisque « le régime optionnel de la participation aux acquêts peut être choisi par des époux dont la loi applicable au régime matrimonial est celle d'un État contractant », donc la loi française ou la loi allemande, sans même qu'il soit besoin d'établir un élément d'extranéité.

(289) Il a fait l'objet du décret nº 2013-488 du 10 juin 2013, portant publication de l'accord entre la République française et la République fédérale d'Allemagne instituant un régime matrimonial optionnel de la participation aux acquêts, signé à Paris le 4 février 2010.

(290) *Bürgerliches Gesetzbuch* ou Code civil allemand.

(291) Art. 2 : « Définition. Dans le régime optionnel de la participation aux acquêts, le patrimoine des époux reste séparé ».

(292) Art. 2 *in fine* : « Les acquêts sont constitués du montant de la différence entre le patrimoine final d'un époux et son patrimoine originaire. À la dissolution du régime matrimonial, la créance de participation résulte de la comparaison des acquêts de chacun des époux ».

Ce régime s'adresse bien entendu principalement aux couples franco-allemands, mais aussi aux couples français vivant en Allemagne et aux couples allemands vivant en France. Mais, s'agissant d'un régime supplémentaire intégré dans le droit interne de chacun des deux États, il peut être choisi aussi par des époux, peu importe leur nationalité ou leur lieu de résidence, dès l'instant où ils ont pu effectuer un choix de loi en faveur de la loi française ou allemande (293).

Pour éviter toute ambiguïté, il est conseillé d'effectuer un choix de loi exprès dans l'acte.

3214 – La composition et l'évaluation du patrimoine originaire. – La composition du patrimoine originaire est sensiblement la même dans le régime optionnel que dans les deux régimes déjà connus en droits français et allemand. Il s'agit des biens composant le patrimoine des époux à la date où le régime prend effet ainsi que ceux qui leur adviennent par successions ou libéralités. Il a été ajouté « les indemnités perçues en réparation d'un dommage corporel ou moral » (294) qui ne figurent pas dans le patrimoine originaire dans le régime légal allemand.

Du patrimoine originaire sont déduites les dettes afférentes à ces biens « même lorsqu'elles excèdent le montant de l'actif ».

C'est au regard de l'évaluation du patrimoine originaire que les régimes divergent. Il a fallu trouver un compromis entre la règle française de l'évaluation au jour de la liquidation et la règle allemande de l'absence de réévaluation. En effet, si l'article 1571 du Code civil français dispose que les biens originaires sont estimés d'après leur valeur au jour de la liquidation du régime matrimonial, le droit allemand, lui, prend en considération la valeur qu'avaient ces biens au jour de la naissance du régime matrimonial, sans aucune réévaluation.

Dans le régime allemand, les plus-values réalisées sur le patrimoine originaire ont vocation à se partager en valeur alors qu'en droit français elles restent acquises au seul époux propriétaire.

Le résultat, exprimé dans l'article 9 du décret du 10 juin 2013, est mixte, inspiré pour partie du droit français et pour partie du droit allemand. La règle d'évaluation n'est pas la même selon que le bien est mobilier ou immobilier :

- le principe : il s'inspire du droit allemand. Les biens originaires sont évalués à la naissance du régime ou lors de leur acquisition, mais leur valeur est indexée sur la variation moyenne de l'indice des prix à la consommation des États contractants (295) ;
- l'exception : elle s'inspire du droit français. Les immeubles et droits réels immobiliers sont évalués à la date de dissolution du régime, mais sans tenir compte des modifications qui auraient pu y être apportées (296).

(293) V. *supra*, n° 3191, Règl. 24 uin 2016, art. 22.

(294) D. 10 juin 2013, art. 8.

(295) D. 10 juin 2013, art. 9 : « 2. Les biens acquis après la date de prise d'effet du régime matrimonial et qui, en vertu du paragraphe 2 de l'article 8, font partie du patrimoine originaire, sont évalués à la date de leur acquisition. (...) (3) Lorsque les biens sont évalués à une date antérieure à la dissolution du régime matrimonial, leur valeur déterminée en application des paragraphes 1 et 2 est indexée sur la variation moyenne de l'indice général des prix à la consommation des États contractants ».

(296) D. 10 juin 2013, art. 9 : « (2) Toutefois, les immeubles et droits réels immobiliers du patrimoine originaire, autres que l'usufruit et le droit d'usage et d'habitation, sont évalués à la date de la dissolution du régime. Si ces biens ont été cédés ou remplacés au cours du mariage, est retenue leur valeur. Les modifications de leur état entreprises au cours du mariage ne sont pas prises en compte dans l'évaluation du patrimoine originaire ».

En cas d'aliénation d'un bien immobilier pendant le régime, on ne tient pas compte de son éventuel remplacement. Le mécanisme de la « subrogation liquidative » prévue par la loi française n'a pas été retenu.

– Composition et évaluation du patrimoine final. – Les solutions retenues sont plus simples : le patrimoine final est composé de tous les biens appartenant à l'époux à la date de dissolution du régime, déduction faite des dettes, même si elles excédent le montant de l'actif. **3215**

Sont ajoutés au patrimoine final les biens donnés (sauf si la donation n'était pas excessive ou si elle a été consentie à des parents en ligne directe et a porté sur un bien originaire), les biens aliénés frauduleusement ou les biens dissipés (297).

Ces adjonctions au patrimoine final n'ont lieu que si ces aliénations sont intervenues moins de dix ans avant la dissolution du régime, à moins que l'autre époux n'y ait consenti. Il apparaît une règle inédite en droit français (298), laissant la faculté à un époux de vider son patrimoine final en donnant ses biens, puisque la réunion fictive ne se fait plus après dix ans pour les biens « sortis » du patrimoine, même s'ils avaient été acquis au cours du régime.

L'évaluation des biens est faite à la date de la dissolution du régime, sauf pour les biens réunis fictivement où l'évaluation est faite à la date de l'aliénation.

– Détermination de la créance de participation. – Comme en droit français et en droit allemand, les acquêts de chaque époux sont déterminés en déduisant du patrimoine final le patrimoine originaire. Il convient ensuite de comparer les acquêts des deux époux, et celui dont les acquêts sont les plus faibles peut faire valoir contre son conjoint une créance de participation égale à la moitié de la différence (299). **3216**

Une particularité existe dans le régime optionnel. L'article 14 (300) prévoit un plafonnement de la créance de participation à la moitié du patrimoine de l'époux débiteur, montant qui peut être relevé dans certaines hypothèses.

Il est à noter que le contrat de mariage peut, conformément à la liberté des conventions matrimoniales, « déroger aux règles du chapitre V » (301) de l'accord franco-allemand, c'est-à-dire déroger aux règles permettant de calculer la créance de participation (302). Ainsi peuvent être écartés le plafonnement de la créance, le quota de la créance de participation...

(297) D. 10 juin 2013, art. 10 : « Est ajoutée au patrimoine final la valeur des biens qu'un époux : 1. a donnés, sauf : *a)* si la donation n'est pas excessive eu égard au train de vie des époux ou *b)* la donation porte sur un bien du patrimoine originaire donné à des parents en ligne directe. Toutefois, la plus-value apportée par les améliorations réalisées sur ce bien, pendant la durée du régime matrimonial, avec des deniers ne dépendant pas du patrimoine originaire, est ajoutée au patrimoine final ; 2. a cédés dans le but de léser l'autre époux ou 3. a dissipés. Ces dispositions ne s'appliquent pas si la donation, l'aliénation frauduleuse ou la dissipation est intervenue plus de dix ans avant la dissolution du régime matrimonial ou si l'autre époux y a consenti ».

(298) Cette règle est empruntée au droit allemand et figure à l'article 1375 du BGB.

(299) D. 10 juin 2013, art. 12 : « Si à la dissolution du régime matrimonial, les acquêts d'un époux excèdent les acquêts de l'autre époux, ce dernier peut faire valoir à l'encontre de son conjoint une créance de participation égale à la moitié de la différence ».

(300) D. 10 juin 2013, art. 14 : « La créance de participation est limitée à la moitié de la valeur du patrimoine de l'époux débiteur tel qu'il existe, après déduction des dettes, à la date retenue pour la détermination du montant de cette créance, La limite de la créance de participation est relevée de la moitié du montant ajouté au patrimoine final en application des dispositions du paragraphe 2 de l'article 10, à l'exception du cas visé à l'alinéa 1.b dudit article ».

(301) Chapitre V : Détermination de la créance de participation à la dissolution du régime.

(302) Il ne peut pas être dérogé aux règles relatives à l'administration, la jouissance et la disposition du patrimoine ainsi que celles relatives aux causes classiques de dissolution.

Il peut être également prévu l'exclusion de certains biens pour calculer la créance de participation ainsi qu'une clause d'attribution des acquêts en cas de décès.

Peu utilisé en pratique, ce régime commun aux deux États constitue une avancée au regard de l'uniformisation des règles en la matière.

IV/ La réception en France des « contrats de mariage » rédigés dans les pays de droit religieux

3217 Dans la religion juive, la *kétouba* est un document rédigé avant le mariage et remis à la mariée pendant la cérémonie. Outre la constatation du mariage, la *kétouba* contient des dispositions relatives au montant que le mari devra verser à son épouse lors de la dissolution du mariage afin de lui assurer des moyens de subsistance. La *kétouba* contient également le rappel d'obligations du mari envers son épouse comme celles de cohabiter avec elle, de la nourrir, de la vêtir...

Parfois il est fait état des biens dont la femme a la propriété au jour du mariage, qu'elle conservera à titre de biens personnels.

La *kétouba* peut-elle être analysée comme équivalant à un contrat de mariage entre les époux ?

La réponse varie suivant le contenu des dispositions qui y figurent, car les clauses régissant les rapports pécuniaires entre les époux sont facultatives et la *kétouba* peut se contenter de rappeler des obligations d'ordre général du mari envers son épouse, de sorte qu'elle ne serait pas, dans ce cas, assimilable à un contrat de mariage. La Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 6 juillet 1988, a reconnu valable l'adoption par deux époux marocains d'un régime contenu dans un acte de *kétouba* constatant la célébration du mariage (303).

Il est à noter que chez les musulmans, il est fréquent et non contesté de dire que leur régime matrimonial est assimilable à une séparation de biens ; cependant, depuis quelques années, les contrats de mariage instaurant un régime de communauté sont possibles dans certains pays ; ainsi en Tunisie, il est possible d'adopter un régime de communauté par acte authentique depuis 1998, et le changement de régime après le mariage est possible. Au Maroc, l'article 49 de la *Mudawanna* offre la possibilité aux époux d'organiser la gestion et le partage de leurs biens dans un contrat subséquent à l'acte de mariage. Enfin, en Algérie, depuis 2005, les époux peuvent adopter le régime de la communauté d'acquêts par acte authentique. Dans les faits, ces contrats assez rares.

Dans un arrêt rendu par la Cour de cassation le 28 mars 2012, il a été jugé que la stipulation de dot figurant dans un acte de mariage célébré selon la forme musulmane ne permettait pas de considérer les époux placés sous le régime musulman de la séparation des biens. En effet, la stipulation de dot ne peut pas être assimilée à un contrat de mariage (304).

(303) Cass. 1re civ., 6 juill. 1988 : deux époux de nationalité marocaine se sont mariés en 1967 à Casablanca devant deux rabbins notaires. L'acte de *kétouba* qui constate la célébration du mariage stipule que « le présent mariage est, en outre conclu, sous le régime dit Méghorachimes de Castille, adopté par les époux d'un commun accord (...) que le montant de cette *kétouba*, douaire en principal, augment et *nédounia* s'élève à (...) ». La cour d'appel de Paris avait écarté cette *kétouba* au motif qu'elle ne valait « que comme rite extérieur lié aux impératifs de la confession commune des époux ». La Cour de cassation a quant à elle reconnu cette déclaration comme valant choix exprès du régime matrimonial par les époux.

(304) Cass. 1re civ., 28 mars 2012 : il s'agissait de deux époux de nationalité iranienne ayant prévu le sort des biens donnés en dot et les conséquences patrimoniales de la dissolution du mariage. La Cour de cassation a décidé toutefois que cet écrit « ne revêtait pas le caractère d'un contrat de mariage dès lors que ses dispositions déterminaient exclusivement les conditions du mariage ».

Section II Le régime matrimonial objectif (en l'absence de choix de loi)

3218 À défaut de choix des époux, le notaire ne sera pas pour autant confronté à une situation de vide.

En effet, dans ce cas, le régime matrimonial fera l'objet d'une détermination établie au moyen de critères objectifs.

Ces critères diffèrent selon la date du mariage. Là encore, trois dates clés existent en la matière.

La détermination du régime matrimonial a évolué au fil du temps. Tout d'abord, avant le 1er janvier 1992, la jurisprudence a dégagé le critère de l'autonomie de la volonté caractérisé par le « premier domicile commun ». Puis la Convention de La Haye du 14 mars 1978 a consacré le principe de la première résidence habituelle commune des époux, assorti de quelques exceptions notamment en faveur de la loi nationale commune. Le règlement nº 2016/1103, quant à lui, s'inspire largement des dispositions de la convention de La Haye.

Sous-section I Mariage célébré avant le Ier septembre 1992

3219 Lorsque les époux n'ont pas clairement choisi leur régime matrimonial lors du mariage, il y a lieu de déterminer celui qu'ils ont implicitement choisi. La doctrine parle alors de « rattachement objectif ».

§ I Détermination du choix tacite des époux

3220 En l'absence de choix exprès des époux, la jurisprudence aurait pu faire appel à des critères objectifs tels que le lieu du mariage ou la nationalité commune. Elle n'a toutefois pas fait ce choix et a retenu la volonté présumée des époux.

Il est vrai que cette volonté n'est pas facile à déterminer en présence d'époux qui, n'ayant pas fait de contrat de mariage, n'ont que peu de connaissances relatives à leur régime matrimonial.

Ce principe a été affirmé dès 1935 par la cour de Cassation dans les termes suivants : « Il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement d'après les faits et circonstances de la cause, (...) le statut que des époux étrangers mariés sans contrat ont eu la volonté d'adopter pour le règlement de leurs intérêts pécuniaires » (305).

Pour déterminer le régime matrimonial des époux, il y a lieu de rechercher leur volonté à l'aide de critères dégagés par la jurisprudence **(A)**. Cette détermination pouvant être incertaine, la jurisprudence française a admis la possibilité d'introduire une action déclaratoire afin de déterminer la loi applicable au régime matrimonial **(B)**.

A/ Les éléments pris en compte pour déterminer la volonté des époux

I/ Élément prépondérant : premier domicile commun effectif

3221 Les époux qui n'ont pas choisi de loi applicable à leur régime matrimonial sont généralement présumés avoir fixé leurs intérêts pécuniaires au lieu de leur premier domicile commun.

(305) Cass. req., 4 juin 1935, *Zelcer : GAJFDIP*, nº 15.

La Cour de cassation a tout d'abord indiqué qu'il y avait lieu de tenir compte *notamment* de ce critère (306), puis *principalement* de celui-ci (307).

3222 La question s'est posée de la durée de ce premier domicile matrimonial : en effet, la Cour de cassation ne fixe pas de durée précise mais retient seulement un domicile effectif. Les Cridon, dans leurs consultations, ont estimé que seul un premier domicile commun de plus de deux ans pouvait présenter un tel caractère effectif. Cette solution a été approuvée par la doctrine.

3223 Il faut signaler que l'indice du premier domicile commun, s'il est prépondérant, constitue une présomption simple qui peut être détruite par tout élément de preuve pertinent ainsi que cela a été précisé par la Cour de cassation en 2005 (308).

Il y a lieu d'analyser les autres éléments pouvant être pris en compte pour déterminer la volonté implicite des époux.

II/ Les autres éléments pouvant être pris en compte

3224 Ces éléments à retenir peuvent être concomitants **(a)** ou postérieurs **(b)** au mariage.

a) Indices concomitants au mariage

3225 La jurisprudence a dans certains cas retenu :

- le lieu de célébration du mariage, dans la mesure où il coïncide avec le domicile matrimonial : il permet de renforcer la présomption en faveur du premier domicile commun ;
- la nationalité commune des époux : pour des époux vivant en France qui retournent se marier dans leur pays d'origine. La nationalité d'origine et le lieu de célébration du mariage peuvent exceptionnellement caractériser la volonté des époux et permettre d'identifier leur régime matrimonial.

(306) Cass. req., 4 juin 1935, préc. : « Mais attendu qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement, d'après les faits et circonstances, et notamment en tenant compte du domicile matrimonial des époux, le statut matrimonial que des étrangers, se mariant en France sans contrat, on eu la volonté commune d'adopter pour le règlement de leurs intérêts pécuniaires ; que, dès lors, en la cause, le tribunal a pu décider, en se fondant à défaut d'autres circonstances, sur le fait que les époux Zelcer, lors de leur mariage à Paris, y étaient domiciliés, qu'ils sont réputés s'être référés au régime matrimonial français qui comporte pour eux, à défaut de contrat de mariage, la soumission au régime de la communauté légale et la défense de modifier ce régime par une convention postérieure ».

(307) Cass. 1re civ., 14 nov. 2006 : « Mais attendu que la loi applicable au régime matrimonial d'époux mariés sans contrat est déterminée principalement en considération de la fixation de leur premier domicile conjugal ; qu'en l'espèce, l'arrêt relève que les époux se sont installés en France quelques semaines après leur mariage civil célébré le 6 septembre 1963, (...) ; que le domicile matrimonial des époux s'est toujours trouvé en France jusqu'au décès du mari ; (...) que la cour d'appel (...) a estimé, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que ces circonstances étaient révélatrices de la volonté des époux, au jour de leur mariage, de localiser en France leurs intérêts pécuniaires et de les faire régir par la loi française ».

(308) Cass. 1re civ., 22 nov. 2005 : « Mais attendu que la règle selon laquelle la loi applicable au régime matrimonial d'époux mariés sans contrat, doit être déterminée en considération de la fixation de leur premier domicile matrimonial ne constitue qu'une présomption simple qui peut être détruite par tout autre élément de preuve pertinent ; qu'en relevant d'abord que les époux qui se trouvaient déjà en France, avaient manifesté en se présentant devant le Consul du Maroc leur volonté d'être mariés conformément à leur loi personnelle respective qui consacrait dans les deux cas le régime de la séparation de biens, ensuite que pendant la vie commune ils avaient adopté l'un et l'autre un mode de gestion séparatiste de leur intérêt patrimonial en acquérant et vendant divers biens et enfin que dans l'acte d'achat d'un fonds de commerce il était mentionné que les époux étaient mariés sous le régime de la loi coranique, la cour d'appel a, par une appréciation souveraine de ces éléments estimé que la volonté des époux au moment du mariage avait été d'adopter le régime de la séparation de biens ».

b) Indices postérieurs au mariage

3226 La Cour de cassation a affirmé à plusieurs reprises que pour déterminer le régime applicable au régime matrimonial d'époux mariés sans contrat, il y avait lieu de se placer au moment du mariage.

Toutefois, les juges peuvent prendre en compte des circonstances postérieures au mariage. Le plus souvent, cela sera pour renforcer la présomption en faveur du domicile commun. Certains arrêts utilisent cependant des éléments postérieurs à la célébration pour désigner la loi applicable au mariage suivant le principe de proximité (309).

Cette possibilité de retenir des indices postérieurs au mariage a été critiquée en doctrine.

3227

Régime matrimonial mentionné dans un acte notarié

Dans certains cas, il arrive que le régime matrimonial des époux soit mentionné dans un acte notarié, par exemple un acte de vente établi après le mariage. Il faut souligner que même si l'acte a été conclu par les deux époux, cette déclaration faite postérieurement au mariage est sans effet. Afin d'éviter toute ambiguïté, le notaire devra recueillir la déclaration des époux sur leur premier domicile commun et définir ainsi leur régime matrimonial (310).

Concernant les époux mariés en Algérie avant l'indépendance fixée au 1er janvier 1963, il convient de distinguer selon leur religion pour déterminer leur régime. En effet, la France reconnaissait avant l'indépendance le statut personnel des Algériens et pour les musulmans l'absence de régime matrimonial ou un régime assimilable à celui de la séparation de biens.

B/ L'action déclaratoire

3228 Lorsque les éléments de fait sont ambigus, notamment parce que le premier domicile commun est difficile à déterminer, l'action déclaratoire peut être utile.

Cette jurisprudence, élaborée par le tribunal de grande instance de Paris, a admis la possibilité d'introduire une telle action sur assignation du ministère public. L'action est exercée de façon conjointe par les époux, en dehors de tout litige et est dirigée contre le ministère

(309) Cass. 1re civ., 28 janv. 2015 : « Mais attendu que, si, pour déterminer la loi applicable au régime matrimonial d'époux mariés sans contrat avant l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, il convient de se placer au moment du mariage, les juges du fond peuvent prendre en compte des circonstances postérieures qui éclairent la volonté des époux quant à la localisation de leurs intérêts pécuniaires après la célébration de leur union ; qu'après avoir relevé que M. X... et Mme B..., arrivés en France en 1977 avec leur fille, avaient obtenu la nationalité française en 1992, que M. X... exerçait de façon continue sa profession de médecin en France, où les époux avaient acquis un bien immobilier en 1980, et qu'ils n'avaient jamais eu de domicile stable en Afghanistan, la cour d'appel en a souverainement déduit, par motifs propres et adoptés, qu'ils avaient manifesté leur volonté de soumettre leur régime matrimonial au régime légal français ».

(310) T. civ. Seine, 9 mai 1952 et T. civ. Paris, 6 mai 1953 : « l'arrêt retient qu'il ressort de la déclaration de M. Z... et Mme Y... contenue dans un acte d'achat d'un bien immobilier du 15 septembre 2000 et dans un acte de donation entre eux du 7 septembre 2001, selon laquelle ils sont "soumis au régime de la communauté, selon le droit français", que ceux-ci ont, en cours de mariage, désigné leur régime matrimonial comme étant le régime français de la communauté des biens, comme les y autorise l'article 6 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, applicable avec effet rétroactif ; Qu'en statuant ainsi, alors que cette 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, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

public. Elle permet aux époux de s'adresser au juge pour lui demander de fixer leur régime matrimonial.

Toutefois, la portée de ce jugement est limitée : en effet, il n'est pas opposable aux tiers. Selon l'expression du professeur Philippe Malaurie il n'est qu'un « très habile pis-aller » (311).

Il est vrai que depuis l'entrée en vigueur au 1er septembre 1992 de la Convention de La Haye sur les régimes matrimoniaux, cette action déclaratoire était devenue sans intérêt. En effet, les époux mariés avant cette date pouvaient utiliser l'article 6 de la convention à l'effet de désigner une loi interne à leur régime matrimonial autre que celle jusqu'alors applicable. Avec l'entrée en vigueur du règlement européen, cette possibilité leur est offerte par l'article 22.

§ II Conséquences du choix tacite des époux

3229 Une fois la loi applicable au régime matrimonial déterminée, il y a lieu d'analyser son champ d'application.

A/ Indivisibilité du régime matrimonial

3230 Le régime matrimonial ainsi déterminé va s'appliquer à l'ensemble des relations patrimoniales des époux. Il va régir notamment la composition du patrimoine des époux, leurs pouvoirs quant à leurs biens et quant à la liquidation de leur régime matrimonial.

Ainsi la Cour de cassation a confirmé que la liquidation des biens d'époux ayant leur premier domicile conjugal à l'étranger doit s'effectuer selon les règles régissant leur régime matrimonial (312).

B/ Exclusion du renvoi

3231 Il s'est posé la question de savoir si, à défaut de choix exprès de loi applicable, le choix tacite opéré par les époux s'est porté sur le droit interne de l'État ou sur ses règles de droit international privé autorisant ainsi le renvoi.

Cette question a été soumise à la Cour de cassation qui a très tôt écarté le renvoi, et ce à deux reprises à l'occasion des arrêts *Lardans* en 1969 (313) et *Goutherz* en 1972 (314).

Dans les deux cas, les conséquences étaient importantes car les époux passaient d'un régime de séparation des biens à un régime de communauté. La Cour de cassation a précisé que « les époux ont pensé au régime légal interne et non à la règle de conflit dont il n'est pas raisonnable qu'ils aient soupçonné l'existence ».

Plus récemment, la Cour de cassation a confirmé que « les époux sont présumés avoir soumis leur régime matrimonial à la loi interne de l'État sur le territoire duquel ils ont établi leur première résidence habituelle après le mariage » (315).

(311) *Defrénois* 1972, art. 30020.
(312) Cass. 1re civ., 3 janv. 1985 : deux époux de nationalité hollandaise s'étaient mariés sans contrat en 1956 à Amsterdam où ils s'étaient fixés pendant quatre ans pour s'installer ensuite en France où ils avaient acquis une propriété. La Cour de cassation a confirmé que « la loi du régime matrimonial détermine selon quelles règles s'effectue la liquidation de ce régime (...) ».
(313) Cass. 1re civ., 27 janv. 1969 : *Defrénois* 1970, art. 29731.
(314) Cass. 1re civ., 1er févr. 1972 : *JCP* G 1972, II, 17096, concl. Gégout.
(315) Cass. 1re civ., 3 déc. 1991, aff. *Siboni : JCP* N 1992, II, p. 358, note E. Kerckhove.

C/ Évolution du droit interne

3232 Selon le système de droit commun, la loi qui détermine le régime matrimonial est fixée au jour du mariage. Elle n'est pas par la suite modifiée, par exemple par un changement de nationalité des époux ou un changement de résidence : on parle de fixité du rattachement dans le temps. Cette règle a été rappelée par la Cour de cassation le 12 mai 2010 (316).

La question se pose de savoir ce qui se passe lorsque le droit interne ainsi désigné évolue : doit-on tenir compte des modifications du droit interne ou au contraire figer le régime matrimonial tel qu'il existait au jour du mariage ?

Cette situation est fréquente compte tenu des réformes souvent rétroactives qui ont eu lieu dans différents pays (317).

Le droit français considère qu'il y a lieu de tenir compte des évolutions internes du droit étranger conformément aux dispositions de droit transitoire prévues par la loi étrangère. La Cour de cassation a énoncé de façon générale en 1987 « qu'en cas de modification ultérieure de la loi étrangère désignée, c'est à cette loi qu'il appartient de résoudre les conflits de lois dans le temps » (318).

Une exception à ce principe existe toutefois pour les réfugiés : on parle alors de pétrification de la loi applicable.

Une difficulté est apparue pour les personnes ayant fui un régime totalitaire. Si on appliquait le principe ci-dessus, il aurait fallu leur appliquer la loi de l'État qu'ils ont fui en cas de changement rétroactif.

Pour éviter cette solution, la jurisprudence pétrifie leur régime matrimonial, c'est-à-dire qu'elle le fige au jour de la célébration du mariage. On appliquera donc la loi en vigueur au jour du mariage et non la nouvelle loi rétroactive (319).

La Cour de cassation lie la pétrification au statut des réfugiés prévu par la convention de Genève du 23 juillet 1951. Cette pétrification a lieu même si par la suite les époux changent de nationalité.

Cela a été précisé par la Cour de cassation en 2006 pour le cas de deux époux de nationalité roumaine mariés sans contrat en Roumanie en 1941 et qui s'étaient installés en France en 1954 pour y être naturalisés. Il leur a été appliqué le régime de la séparation des biens, régime légal de la loi roumaine au jour de la célébration du mariage et non le nouveau régime légal roumain de la communauté (320).

Sous-section II Mariage célébré entre le Ier septembre 1992 et le 28 janvier 2019

3233 En l'absence de choix effectué par les époux, la détermination de la loi applicable au régime matrimonial est définie par l'article 4 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978.

Les critères retenus sont au nombre de deux : le principe est celui de la première résidence habituelle des époux et l'exception celui de la loi nationale commune.

(316) « S'agissant d'époux mariés avant l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur les régimes matrimoniaux, le rattachement du régime matrimonial légal ou conventionnel à la loi choisie par les époux à la date du mariage est permanent et un changement de leur nationalité est sans effet à cet égard. »
(317) Notamment : Italie, Turquie, Pologne.
(318) Cass. 1re civ., 3 mars 1987, arrêt *Leppert*.
(319) Cass. 1re civ., 28 nov. 2006 : *Bull. civ.* 2006, I, nº 672.
(320) Cass. 1re civ., 28 nov. 2006, préc.

§ I Principe : loi de la première résidence habituelle des époux

3234 L'article 4, alinéa 1 de la convention désigne comme applicable la loi de la première résidence habituelle des époux après le mariage (321).

– Résidence. – Il s'agit là de la résidence, notion de fait, et non du domicile, notion de droit, qui induit un élément intentionnel.

– Résidence habituelle. – La convention reprend le système du droit commun français qui applique le critère de premier domicile matrimonial. Avec toutefois une différence : dans la convention, il n'y a pas lieu de rechercher une durée minimale. Une installation des époux dans un pays quelques mois après le mariage est suffisante pour établir une résidence habituelle commune.

Un arrêt rendu par la Cour de cassation en 2012 (322) le précise : deux Français résidant aux États-Unis se marient dans l'État de New York et y vivent pendant un an avant de rentrer en France. La durée du séjour est courte (un an) et les époux ne semblent pas avoir eu l'intention de s'établir aux États-Unis. Mais la Cour de cassation considère que les époux se sont trouvés soumis à la loi de l'État de New York (équivalant à une séparation des biens), loi de leur résidence habituelle, et ce depuis leur mariage jusqu'à leur retour en France (lequel retour en France a provoqué la mutabilité de leur régime matrimonial en faveur du régime légal français ainsi qu'il sera étudié plus loin).

Pour déterminer cette résidence habituelle après le mariage, le notaire pourra utilement solliciter des époux divers documents administratifs tels que : taxe d'habitation ou équivalent, avis d'impôt sur le revenu, bulletins de salaire, abonnements divers ou encore enregistrement dans le cadre d'assurances sociales...

Dans certains cas toutefois, le critère de résidence principale s'effacera au profit de celui de la loi nationale commune des époux.

§ II Exception : loi nationale commune des époux

3235 **– Notion de loi nationale commune. –** L'article 15 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 définit ce qu'elle entend par la notion de nationalité commune des époux.

Elle vise trois hypothèses :
- les époux avaient la même nationalité avant le mariage ;
- un des époux a acquis volontairement la nationalité de l'autre au moment du mariage ou après le mariage ;
- les deux époux ont acquis volontairement cette nationalité après le mariage.

La convention exclut le cas (qui devrait être rare) où les époux ont plus d'une nationalité commune : dans ce cas, l'article 15 de la convention ne s'applique pas.

La loi nationale commune peut trouver à s'appliquer dans deux situations différentes :
- le premier cas est simple : les époux n'ont pas de première résidence habituelle commune **(C)** ;

(321) Conv. La Haye 14 mars 1978, art. 4, al. 1 : « 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 ».

(322) Cass. 1re civ., 12 avr. 2012.

- le second est plus complexe : les époux ont une première résidence habituelle commune. Toutefois, ils sont tous deux :
  - soit de nationalité néerlandaise **(A)**,
  - soit de la nationalité d'un État non partie à la convention de La Haye et qui prescrit l'application de la loi nationale commune **(B)**.

A/ Déclaration faite par l'État de la nationalité commune prévue à l'article 5 de la convention : cas des époux néerlandais

3236 **– Principe d'application de la loi nationale commune. –** L'article 4, alinéa 2-1 (323) de la convention désigne la loi nationale commune des époux applicable lorsque l'État membre a effectué la déclaration prévue par l'article 5 (324). Seuls les Pays-Bas ont effectué cette déclaration.

Ainsi, concernant des époux néerlandais mariés et résidant en France après leur mariage, le notaire français appliquera à leur régime matrimonial la loi néerlandaise, loi de leur nationalité commune et non la loi française, loi de leur première résidence après le mariage.

– Exception à l'application de la loi nationale commune : loi de la résidence habituelle. – L'article 5, alinéa 2 (325) de la convention limite les effets de cette déclaration. En effet, si les époux se sont installés de manière stable avant le mariage dans l'État de la résidence, c'est la loi de cet État qui s'appliquera.

Ainsi à des époux néerlandais qui résidaient en France depuis plus de cinq ans avant de s'y marier, le notaire français appliquera la loi française, loi de la résidence et non la loi néerlandaise, loi de la nationalité commune.

– Exception à l'exception : retour à l'application de la loi nationale commune. – L'article 5, alinéa 2 *in fine* (326) vise le cas où la règle de conflit de l'État de la résidence de plus de cinq ans désigne la loi nationale commune des époux. Dans ce cas, pour permettre aux différents pays concernés de donner une solution identique, il est fait retour à la loi nationale commune.

Les États dont le droit international privé prescrit l'application de la loi nationale commune sont les suivants : Afghanistan, Albanie, Algérie, Allemagne, Angola, Autriche, Belgique (jusqu'au 1er octobre 2004), Bulgarie, Cap-Vert, Corée, Égypte, Émirats arabes unis, Espagne, Finlande, Grèce, Hongrie, Indonésie, Irak, Italie, Japon, Jordanie, Koweït, Liban, Liechtenstein, Maroc, Pologne, Portugal, Roumanie, Sénégal, Somalie, Suède, Syrie, Tchad, République tchèque, République slovaque, Thaïlande, Tunisie, Turquie, Vatican, Yougoslavie, Haïti, République dominicaine, Surinam.

(323) Conv. La Haye 14 mars 1978, art. 4, al. 2-1 : « Toutefois, dans les cas suivants, le régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'État de la nationalité commune des époux : 1. lorsque la déclaration prévue par l'article 5 a été faite par cet État et que son effet n'est pas exclu par l'alinéa 2 de cet article ».

(324) Conv. La Haye 14 mars 1978, art. 5 : « Tout État pourra, au plus tard au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, faire une déclaration entraînant l'application de sa loi interne, selon l'article 4, alinéa 2, chiffre 1 ».

(325) Conv. La Haye 14 mars 1978, art. 5, al. 2 : « Cette déclaration n'aura pas d'effet pour des époux qui conservent tous deux leur résidence habituelle sur le territoire de l'État où, au moment du mariage, l'un et l'autre avaient leur résidence habituelle depuis cinq ans au moins, (...) ».

(326) Conv. La Haye 14 mars 1978, art. 5, al. 2 *in fine* : « (...) sauf si cet État est un État contractant ayant fait la déclaration prévue par l'alinéa premier du présent article, ou un État non Partie à la Convention et dont le droit international privé prescrit l'application de la loi nationale ».

Ainsi, à des époux néerlandais résidant habituellement en Allemagne après le mariage et qui y résidaient depuis plus de cinq ans avant de s'y marier, le notaire français appliquera la loi néerlandaise, loi de la nationalité commune.

Récapitulatif pour des époux tous deux de nationalité néerlandaise :

a) qui établissement leur première résidence habituelle en France :
- après le mariage : loi néerlandaise,
- après le mariage et avant le mariage depuis plus de cinq ans : loi française ;

b) qui établissent leur première résidence habituelle dans un pays dont le droit international privé prescrit l'application de la loi nationale commune : loi néerlandaise.

Il est rappelé que cette situation ne se présentera que pour des époux de nationalité néerlandaise, les Pays-Bas ayant seuls fait la déclaration de l'article 5 de la convention.

B/ Convergence des systèmes de conflit de lois en faveur de la loi nationale

3237 La convention, dans son article 4, alinéa 2-2° (327) vise le cas où :
- l'État de la nationalité commune des époux ;
- **et** l'État de leur première résidence habituelle.

envisagent chacun l'application de la loi nationale commune des époux (V. liste des États ci-dessus).

Dans ce cas, la loi de la première résidence habituelle doit être écartée au profit de la loi nationale commune.

Ainsi, des époux tous deux de nationalité portugaise qui s'installent à Athènes juste après leur mariage seront soumis au régime légal portugais de la communauté : en effet, tant la Grèce que le Portugal prescrivent au titre de la détermination du régime matrimonial, la loi nationale commune des époux.

En pratique, le notaire devra :
- détecter les époux de même nationalité ressortissant d'un État figurant sur la liste susvisée ;
- puis vérifier s'ils se sont installés dans un État figurant sur cette même liste.

Et, dans l'affirmative, il devra leur appliquer la loi de leur nationalité commune à la place de la loi de leur résidence habituelle commune.

C/ Absence de résidence habituelle commune après le mariage

3238 L'article 4, alinéa 2-3° de la convention (328) envisage le cas où les époux n'ont pas de résidence habituelle après le mariage dans le même État : dans ce cas, on leur applique la loi nationale commune.

(327) Conv. La Haye 14 mars 1978, art. 4, al. 2-2° : « Toutefois, dans les cas suivants, le régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'État de la nationalité commune des époux : (...) 2. lorsque cet État n'est pas Partie à la Convention, que sa loi interne est applicable selon son droit international privé, et que les époux établissent leur première résidence habituelle après le mariage : *a)* dans un État ayant fait la déclaration prévue par l'article 5, ou *b)* dans un État qui n'est pas Partie à la Convention et dont le droit international privé prescrit également l'application de leur loi nationale ; ».

(328) Conv. La Haye 14 mars 1978, art. 4, al. 2-3° : « Toutefois, dans les cas suivants, le régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'État de la nationalité commune des époux : (...) 3. lorsque les époux n'établissent pas sur le territoire du même État leur première résidence habituelle après le mariage ».

L'absence de résidence habituelle commune est souvent limitée dans le temps ; la convention a prévu qu'à partir du moment où les époux adoptent une résidence habituelle commune, cette loi viendra s'appliquer automatiquement et remplacer la loi nationale commune jusque-là applicable.

L'article 7 de la convention de La Haye précise : « La loi compétente en vertu des dispositions de la Convention demeure applicable aussi longtemps que les époux n'en ont désigné aucune autre et même s'ils changent de nationalité ou de résidence habituelle. Toutefois, si les époux n'ont ni désigné la loi applicable, ni fait de contrat de mariage, la loi interne de l'État où ils ont tous deux leur résidence habituelle devient applicable, aux lieu et place de celle à laquelle leur régime matrimonial était antérieurement soumis : 1. à partir du moment où ils y fixent leur résidence habituelle, si la nationalité de cet État est leur nationalité commune, ou dès qu'ils acquièrent cette nationalité, ou 2. lorsque, après le mariage, cette résidence habituelle a duré plus de dix ans, ou 3. à partir du moment où ils y fixent leur résidence habituelle, si le régime matrimonial était soumis à la loi de l'État de la nationalité commune uniquement en vertu de l'article 4, alinéa 2, chiffre 3 ».

§ III Rattachement subsidiaire en faveur de l'État qui présente les liens les plus étroits avec les époux

3239 L'article 4, alinéa 3 de la convention vise des cas rares en pratique (329) : lorsque des époux :
- n'ont pas de résidence habituelle commune dans le même État après le mariage ;
- et n'ont pas de nationalité commune (ou ont plusieurs nationalités communes).

Leur régime matrimonial « est soumis à la loi interne de l'État avec lequel, compte tenu de toutes les circonstances, il présente les liens les plus étroits ».

Il faut donc rechercher l'État avec lequel les époux sont les plus proches. Il pourra être pris en compte le centre de leurs intérêts pécuniaires, le lieu de situation de leurs biens, le domicile ou la nationalité d'un époux.

Pour ces époux, le notaire conseillera utilement un changement volontaire de loi avec rétroactivité (330).

Sous-section III Mariage célébré à compter du 29 janvier 2019

3240 Pour les époux dont le mariage est célébré à compter du 29 janvier 2019, il est fait application du règlement (UE) n° 2016/1103 du 24 juin 2016 qui a été présenté ci-dessus (331).

C'est l'article 26 du règlement qui traite de la détermination de la loi applicable à défaut de choix exprès par les époux. Cet article s'inspire fortement de l'article 4 de la Convention de

(329) Conv. La Haye 14 mars 1978, art. 4, al. 3 : « À défaut de résidence habituelle des époux sur le territoire du même État et à défaut de nationalité commune, leur régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'État avec lequel, compte tenu de toutes les circonstances, il présente les liens les plus étroits ».
(330) Conv. La Haye 14 mars 1978, art. 6.
(331) Section III du chapitre préliminaire du présent sous-titre II traitant des régimes matrimoniaux.

La Haye du 14 mars 1978 en dressant une liste des facteurs de rattachement objectifs qui s'appliquent de façon hiérarchisée.

Fort heureusement, les règles édictées par le règlement sont plus simples que celles de la convention.

L'article 26 est ainsi rédigé :

1. « 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 :
   a) de la première résidence habituelle commune des époux après la célébration du mariage; ou, à défaut,
   b) de la nationalité commune des époux au moment de la célébration du mariage; ou, à défaut,
   c) avec lequel les époux ont ensemble les liens les plus étroits au moment de la célébration du mariage, compte tenu de toutes les circonstances ;
2. Lorsque les époux ont plus d'une nationalité commune au moment de la célébration du mariage, seuls les points *a)* et *c)* du paragraphe 1 s'appliquent. »

§ I Principe : loi de la première résidence habituelle commune des époux

3241 Si les époux n'ont pas exprimé un choix de façon expresse, l'article 26-1 du règlement du 24 juin 2016 prévoit l'application de leur première résidence habituelle commune après leur mariage.

À l'instar de la convention de La Haye, le règlement vise la résidence, notion de fait et non le domicile, notion de droit.

§ II À défaut en faveur de la loi nationale commune des époux

3242 À défaut de première résidence habituelle commune après le mariage, c'est la loi de la nationalité commune qui s'appliquera.

Si les époux ont une double nationalité commune, le règlement (tout comme la convention de La Haye) exclut l'application de la loi nationale des époux.

§ III À défaut en faveur de la loi de l'État avec lequel les époux ont ensemble les liens les plus étroits au moment de la célébration du mariage

3243 L'article 26-1-c du règlement (UE) n° 2016/1103 du 24 juin 2016 vise le cas des époux qui n'ont :

- pas de première résidence habituelle commune ;
- et pas de nationalité commune (ou une double nationalité commune).

Leur régime matrimonial est alors soumis à la loi de l'État avec lequel il présente les liens les plus étroits.

Il faut donc rechercher (tout comme pour les époux soumis à la convention de La Haye) l'État avec lequel les époux sont le plus proches. Il pourra être tenu compte du centre de leurs intérêts pécuniaires, de la situation des biens, du domicile ou de la nationalité de l'un des époux...

§ IV Clause d'exception : loi de la dernière résidence habituelle commune des époux

3244 À titre exceptionnel, la loi de la dernière résidence habituelle des époux peut trouver à s'appliquer. Il s'agit là d'une innovation du règlement du 24 juin 2016, contenue dans son article 26- 3 (332).

Les conditions d'application sont toutefois rigoureusement encadrées et cumulatives.

Il faut :
- que l'un des époux en fasse la demande auprès d'une autorité judiciaire ;
- et qu'il apporte une double preuve, c'est-à-dire démontre que les époux :
  - avaient leur dernière résidence habituelle commune dans cet autre État pendant une période significativement plus longue que celle de leur première résidence après le mariage,
  - s'étaient fondés sur la loi de cet autre État pour organiser ou planifier leurs rapports patrimoniaux.

Si cette double preuve est satisfaite, le juge peut alors appliquer la loi de la dernière résidence habituelle aux lieu et place de la loi de la première résidence habituelle.

Cette substitution s'opère de manière rétroactive à partir de la date de la célébration du mariage (à moins que l'un des époux ne s'y oppose), mais ne peut pas porter atteinte aux droits des tiers.

Cette exception vise le cas d'époux qui fixent leur première résidence habituelle dans un État avec lequel ils n'ont pas de lien particulier, puis s'installent par la suite durablement dans un autre État.

Bien entendu, si les époux sont tous deux d'accord pour modifier la loi applicable à leur régime matrimonial, ils utiliseront la procédure de l'article 22 du règlement sur le changement de loi applicable. Le recours à l'article 26-3 du règlement se fera lorsque les époux ne seront pas d'accord et n'auront pas conclu de convention matrimoniale avant la date d'établissement de leur dernière résidence habituelle commune dans cet autre État.

Les auteurs regrettent cette clause d'exception qui « remet en cause la prévisibilité et la sécurité juridique, même si une décision judiciaire intervient » (333).

(332) Règl. (UE) n° 2016/1103, art. 26-3 : « À titre exceptionnel et à la demande de l'un des époux, l'autorité judiciaire compétente pour statuer sur des questions relatives au régime matrimonial peut décider que la loi d'un État autre que l'État dont la loi est applicable en vertu du paragraphe 1, point *a)*, régit le régime matrimonial si l'époux qui a fait la demande démontre que : *a)* les époux avaient leur dernière résidence habituelle commune dans cet autre État pendant une période significativement plus longue que dans l'État désigné en vertu du paragraphe 1, point *a)* ; et *b)* les deux époux s'étaient fondés sur la loi de cet autre État pour organiser ou planifier leurs rapports patrimoniaux. La loi de cet autre État s'applique à partir de la date de la célébration du mariage, à moins que l'un des époux ne s'y oppose. Dans ce dernier cas, la loi de cet autre État produit ses effets à partir de la date de l'établissement de la dernière résidence habituelle commune dans cet autre État. L'application de la loi de l'autre État ne porte pas atteinte aux droits des tiers résultant de la loi applicable en vertu du paragraphe 1, point *a)* ».

(333) H. Péroz et E. Fongaro, *Droit international privé patrimonial de la famille*, LexisNexis, 2e éd. 2017, § 576. V. aussi C. Nourissat et M. Revillard : *Defrénois* 2016, n° 17, § 49.

CHAPITRE III Le changement de régime matrimonial et de loi applicable au régime matrimonial au cours du mariage

3245 La Convention de La Haye du 14 mars 1978 et le règlement (UE) sur les régimes matrimoniaux prévoient tous deux la possibilité de changer de loi applicable au régime matrimonial des époux, et ce quelle que soit la date de leur mariage.

Il convient toutefois de bien distinguer deux situations : le changement du régime matrimonial lui-même et le changement de loi applicable à ce régime.

La question du changement de régime matrimonial à proprement parler n'est pas envisagée par la convention et le règlement. Passer d'un régime de la communauté légale de droit français à un régime de séparation des biens prévu par le Code civil français nécessitera de respecter le formalisme prévu par la loi française, et ce même en présence d'époux présentant des éléments d'extranéité (nationalité étrangère ou résidence à l'étranger par exemple).

La convention de La Haye et le règlement (UE) n'ont envisagé que le changement de loi applicable au régime matrimonial, lequel changement de loi aura pour conséquence un changement de régime matrimonial **(Section I)**. Ainsi, passer du régime de la communauté légale française à un régime de séparation des biens ou de communauté étranger constitue un changement de loi **(Section II)**. Il sera fait dans ce cas application de la convention ou du règlement dans la mesure bien entendu où la situation présente un élément d'extranéité.

Section I Le changement de régime matrimonial

3246 Lorsque des époux présentant un élément d'extranéité souhaitent changer de régime matrimonial, le notaire devra tout d'abord vérifier si cette possibilité leur est offerte puis, dans l'affirmative, dans quelles conditions.

En effet, certains États connaissent encore le principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux et imposent un régime obligatoire (334).

D'autres États donnent aux époux la faculté de passer des conventions matrimoniales, mais uniquement avant le mariage (335).

D'autres législations encore imposent des délais ou un formalisme spécifique pour réaliser ce changement.

3247 **– Loi applicable au changement de régime matrimonial. –** La question de la loi applicable au changement de régime matrimonial n'a pas été abordée tant dans la convention de La Haye que dans le règlement sur les régimes matrimoniaux.

En droit positif français, le changement de régime matrimonial relève de la loi qui régit ce dernier.

(334) Par ex. : Bolivie, Cuba...
(335) Par ex. : Colombie, Japon, Portugal, Venezuela...

La solution est clairement établie en jurisprudence depuis l'arrêt *Zelcer* (336) qui a affirmé que c'est la loi du régime matrimonial qui décide de « la défense de modifier ce régime par un[e] convention postérieure ».

Le changement de régime matrimonial suit les conditions de fond et de forme de la loi applicable audit régime.

La Cour de cassation l'a rappelé dans un arrêt du 19 mars 2008 : des époux mariés à New York sont venus s'installer en France quelques années plus tard. En 1985, ils changent de régime matrimonial par acte notarié conformément aux règles en vigueur dans l'État de New York. Le pourvoi invoque le caractère impératif de la loi française et la nécessité de recourir à une homologation judiciaire. La Cour de cassation rejette au motif que : « le régime matrimonial des époux A... Y... était soumis à la loi de l'État de New York et qu'en application de cette loi, ils pouvaient changer de régime matrimonial par contrat, la cour d'appel en a justement déduit que le changement de régime matrimonial par acte reçu par un notaire en France, était valable même sans homologation judiciaire ».

Ainsi, il y a lieu de respecter la loi du régime matrimonial s'agissant :
- de la possibilité de réaliser un changement de régime ;
- des conditions de fond et de forme de ce changement.

Face à des époux souhaitant changer de régime matrimonial, le notaire devra donc :
- en premier lieu, déterminer la loi applicable à leur régime matrimonial ;
- vérifier si celle-ci autorise le changement de régime ;
- et, dans l'affirmative, appliquer les conditions de fond et de forme de cette loi.

Ainsi, pour des époux dont la loi applicable à leur régime matrimonial est la loi allemande, le notaire français pourra effectuer ce changement de régime par acte notarié établi dans les formes d'un contrat de mariage, et ce même en présence d'un enfant mineur.

Il faut toutefois noter qu'en présence d'un élément d'extranéité, il est rarement procédé à un changement de régime matrimonial. Il sera fait plutôt application de l'article 6 de la convention de La Haye ou de l'article 22 du règlement sur les régimes matrimoniaux, qui indirectement conduisent à un changement de régime matrimonial.

Ainsi le changement volontaire de loi est un moyen « détourné » de changer de régime matrimonial.

Section II Le changement de loi applicable au régime matrimonial

Sous-section I La mutabilité volontaire

§ I Article 6 de la convention de La Haye

3248 L'article 6 de la convention de La Haye pose une règle matérielle autorisant les époux, au cours de leur mariage, à modifier volontairement leur choix initial pour soumettre leur régime matrimonial à une loi autre que celle initialement applicable. Cette possibilité est offerte, que les époux aient effectué un choix initial, par l'établissement d'un contrat de mariage par exemple, ou n'aient effectué aucun choix.

(336) Cass. req., 4 juin 1935, *Zelcer : Rev. crit. DIP* 1936, p. 755, rapp. Pillon, note Basdevant.

Il ne sera précisé que les principales caractéristiques de ce mécanisme, celui-ci n'étant plus en vigueur au jour de la parution du présent rapport : en effet, à compter du 29 janvier 2019 tout changement de loi doit s'effectuer au regard de l'article 22 du règlement (UE) nº 2016/1103.

A/ Les lois pouvant être choisies

3249 L'article 6 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 offrait trois possibilités de choix de loi applicable aux époux, qu'ils soient mariés ou non avant ou après le 1er septembre 1992, mais avant le 29 janvier 2019, qui étaient les suivantes :
- la loi de l'État dont l'un des époux avait la nationalité au moment de la désignation ;
- la loi de l'État de la résidence habituelle de l'un des époux au moment de la désignation ;
- la loi de l'État dans lesquels étaient situés leurs immeubles (pour tout ou partie) en ce qui concerne ces immeubles.

B/ Le choix du régime matrimonial lors de la désignation de la loi applicable

3250 La Convention de La Haye du 14 mars 1978 et son rapport explicatif étaient restés silencieux sur le fait de savoir si des époux qui désignaient la loi applicable à leur régime matrimonial pouvaient, dans le cadre de cet acte, désigner l'un des régimes matrimoniaux proposés par la loi désignée, ou s'ils étaient automatiquement soumis au régime légal de la loi désignée.

Pour combler ce silence, chaque État signataire a précisé cette possibilité ou non au sein de son droit interne.

La doctrine française considérait que c'était le régime légal de la loi désignée qui s'appliquait aux époux. Le choix d'un régime conventionnel ne pouvait s'effectuer qu'en respectant les règles de changement de régime matrimonial régies par la loi désignée. Ainsi, en France, les époux devaient-ils attendre deux années d'application du régime matrimonial pour ensuite pouvoir changer de régime, sous réserve de respecter les conditions énoncées à l'article 1397 du Code civil, tandis que les Pays-Bas et le Luxembourg avaient adopté une position plus souple en acceptant le choix immédiat lors de la désignation de la loi applicable d'un régime conventionnel (337).

Afin d'unifier l'interprétation des États signataires et de contribuer à l'efficacité de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, la loi nº 97-987 du 28 octobre 1997 a inséré dans le Code civil l'article 1397-3 énonçant désormais en son troisième alinéa qu'à « l'occasion de la désignation de la loi applicable, avant le mariage ou au cours de celui-ci, les époux peuvent désigner la nature du régime matrimonial choisi par eux ».

Ainsi, les époux qui désignaient la loi française comme loi applicable à leur régime matrimonial pouvaient lors de cette déclaration désigner n'importe lequel des régimes conventionnels prévus par la loi française.

C/ La forme de la désignation de la loi applicable

3251 L'article 11 de la convention énonce que : « La désignation de la loi applicable doit faire l'objet d'une stipulation expresse ou résulter indubitablement des dispositions d'un contrat de mariage ». Nul besoin d'homologation, d'établissement d'un état liquidatif, d'accord des enfants donc, et aucune exigence de délai n'était posée. Il s'agissait d'une opération peu

(337) M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 9e éd. 2018, nos 483 et s.

coûteuse, en comparaison avec le changement de régime matrimonial qui parfois nécessitait l'homologation judiciaire.

Cette désignation était possible à tout moment, qu'il y ait eu ou non établissement d'un contrat de mariage et que les époux aient été mariés avant ou après le 1er septembre 1992.

Le notaire pouvait profiter d'une opération d'achat, de vente, de donation... pour conseiller l'établissement de cet acte à ses clients.

Toutefois, il était fortement conseillé d'établir le choix de loi dans un acte à part dans les formes d'un contrat de mariage.

D/ Les effets de la mutabilité volontaire

3252 L'article 6 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 énonce que la loi désignée « s'applique à l'ensemble de leurs biens ». Cette expression implique que la désignation s'appliquait aux biens acquis avant et après la désignation de la loi applicable, autrement dit rétroactivement, sous réserve du droit des tiers. Les époux avaient la possibilité de liquider leur régime matrimonial au moment de la désignation pour décider que la désignation ne serait pas rétroactive (338).

Cette rétroactivité était expressément mentionnée dans le rapport explicatif de la convention rédigée par le professeur Von Overbeck (339) et avait été également admise par l'ensemble de la doctrine (340).

En outre, la Commission d'État néerlandaise avait opté pour la rétroactivité de la désignation de la loi applicable, en invoquant l'avantage de devoir liquider un seul régime au moment de la dissolution du mariage (341).

3253 Cependant, la loi n° 97-987 du 28 octobre 1997 modifiant le Code civil pour l'adapter aux dispositions de la convention de La Haye a inséré dans ce dernier l'article 1397-4 qui énonce : « Lorsque la désignation de la loi applicable est faite au cours du mariage, cette désignation prend effet entre les parties à compter de l'établissement de l'acte de désignation et, à l'égard des tiers, trois mois après que les formalités de publicité prévues à l'article 1397-3 auront été accomplies ».

Il s'est alors présenté un conflit entre une loi interne (342) et une convention internationale antérieure à cette loi interne (343). Or, l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 pose le principe de la primauté de la convention internationale sur le droit interne (344).

La doctrine s'est alors divisée quant à l'application dans le temps de la loi choisie au cours du mariage :

- est-ce une rétroactivité de principe et par exception les époux pouvaient choisir pour l'avenir l'application de la loi choisie ?

(338) *JCl. Droit international*, Fasc. 556, nos 71 et s.
(339) *Op. cit.*, § 72.
(340) G. Droz : *Rev. crit. DIP* 1992, p. 65, n° 44. – P. Lagarde, note : *Rev. crit. DIP* 1993, p. 290, § 16. – M. Revillard : *Defrénois* 1992, art. 35210, p. 268, n° 32, Premier bilan d'application de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux – A. Borras *et al.*, *E Pluribus unum, Liber amicorum Georges A.L. Droz*, ed.Kluwer Law International, 1996, p. 369-2. – B. Audit, *Droit international privé*, Economica, 2e éd. 1997, n° 853, p. 712.
(341) En outre, la Commission d'État néerlandaise a opté pour la rétroactivité de la désignation de la loi applicable, en soulignant l'avantage de devoir liquider un seul régime au moment de la dissolution du mariage.
(342) C. civ., art. 1397-4.
(343) Conv. La Haye 14 mars 1978, art. 6.
(344) Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, aff. *Jacques Vabre : Rev. crit. DIP* 1976, p. 347, note J. Foyer et D. Holleaux. – CE, 20 oct. 1989, aff. *Nicolo : Rev. crit. DIP* 1991, p. 125, note P. Lagarde.

– ou est-ce une application pour l'avenir de principe et par exception les époux pouvaient choisir la rétroactivité ?

Devant cette incertitude, les notaires se devaient de se prononcer expressément sur la rétroactivité ou la non-rétroactivité de la loi choisie et envisager avec les époux la meilleure solution : par exemple lors d'un passage de communauté à séparation des biens, la rétroactivité était difficilement envisageable. Pour un passage d'un régime de séparation des biens à un régime de communauté universelle, la rétroactivité pouvait au contraire être conseillée.

E/ La portée de la désignation de la loi applicable

3254 En vertu de l'article 6 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, les époux pouvaient, pour certains ou l'ensemble de leurs immeubles, désigner la loi de l'État dans lequel le ou les immeubles se situaient. Les époux pouvaient donc choisir de soumettre leurs biens immobiliers et mobiliers à des lois différentes, allant à l'encontre de la traditionnelle indivisibilité du régime matrimonial en droit français.

À défaut de précision dans la convention, ce choix portait sur l'ensemble des biens des époux.

F/ L'opposabilité aux tiers de la désignation de la loi applicable

3255 Des mesures de publicité devaient être accomplies tant lorsque le changement de loi était intervenu par application d'une loi étrangère (345) que par application de la loi française (346).

Les formes de publicité prévues au Code de procédure civile sont énoncées aux articles 1303-3 et 1305-5 du Code civil :
- si les époux avaient un acte de mariage conservé par une autorité française, une mention en marge devait être portée sur cet acte ;
- si les époux n'avaient pas d'acte de mariage conservé par une autorité française, le changement de loi devait être inscrit sur un répertoire civil annexe dans deux cas :
  - si la modification était effectuée par un acte authentique établi en France,
  - ou si l'un des époux était Français ;
- si un contrat de mariage avait été reçu en France, les époux devaient informer le notaire ayant reçu cet acte de désignation de loi applicable, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, en lui adressant soit un extrait de l'acte de mariage mis à jour, soit un certificat d'inscription au répertoire civil annexe ;
- si un contrat de mariage avait été reçu par un agent diplomatique ou consulaire français, dans ce cas les époux devaient informer de la désignation de loi applicable le ministre des Affaires étrangères.

Bien que des formalités de publicité aient été imposées aux fins d'opposabilité aux tiers, l'article 1397-4, alinéa 2 du Code civil permettait de rendre opposable aux tiers la désignation de la loi applicable en l'absence d'accomplissement de ces formalités si « dans les actes passés avec eux, les époux ont déclaré la loi applicable à leur régime matrimonial ».

(345) C. civ., art. 1397-5.
(346) C. civ., art. 1397-3.

G/ La confirmation de la loi applicable

Dans certains cas, les époux pouvaient être intéressés uniquement par la désignation expresse de la loi applicable à leur régime matrimonial. **3256**

Deux cas pouvaient se présenter à des époux n'ayant pas effectué de désignation de loi applicable ou de contrat de mariage :
- pour des époux mariés avant le 1er septembre 1992, le choix tacite pouvait (et peut toujours) être susceptible d'interprétation ;
- pour des époux mariés après le 1er septembre 1992, la mutabilité automatique (V. *infra*, nos 3268 et s.) de leur régime matrimonial pouvait (et peut toujours) ne pas leur convenir.

Ces époux pouvaient souhaiter confirmer de façon expresse la loi jusqu'alors applicable à leur régime matrimonial, celle-ci leur convenant parfaitement.

L'article 6 de la convention de La Haye prévoyait que les époux pouvaient, au cours du mariage, soumettre leur régime matrimonial à une loi **autre** que celle jusqu'alors applicable.

La lecture de cet article aurait dû conduire à l'impossibilité pour les époux de choisir la même loi que celle applicable jusqu'alors à leur régime matrimonial : une **autre** loi devant être impérativement choisie.

Plusieurs auteurs ont toutefois considéré que l'article 6 de la convention de La Haye pouvait être utilisé pour effectuer une confirmation de la loi applicable.

Ainsi Mme Hélène Péroz et M. Éric Fongaro (347) ont-ils précisé : « Pour autant, au titre de la prévisibilité et de la sécurité juridique, il faut considérer que la confirmation par désignation expresse de la loi applicable au régime matrimonial doit être valable. Cette désignation devra être rétroactive et ne pas remettre en cause le droit des tiers ».

De même, Mme Mariel Revillard (348) constatait, pour les époux mariés avant le 1er septembre 1992, « que la majorité des cas où les époux entendent bénéficier de l'article 6 vise à mettre fin à l'incertitude sur la détermination de la loi applicable au régime matrimonial ». Pour les époux mariés après le 1er septembre 1992, elle visait les propos de M. Von Overbeck, lequel dans son rapport sur la convention précisait : « On pourrait soutenir que les époux à qui il est loisible de choisir en tout temps une nouvelle loi, doivent à plus forte raison pouvoir confirmer l'application de la loi déjà applicable par un choix explicite qui exclurait la mutabilité automatique ».

§ II L'article 22 du règlement (UE) no 2016/1103 du 24 juin 2016

Le règlement no 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 (349), est entré en vigueur le 29 juillet 2016 et en application le 29 janvier 2019. **3257**

Le champ d'application de ce règlement a été précisé dans le premier chapitre du présent sous-titre. **3258**

(347) *Droit international privé de la famille*, LexisNexis, 2e éd. 2017, § 524, dossier 23.
(348) *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 9e éd. 2018, § 514 (époux mariés avant le 1er septembre 1992) et § 523 (époux mariés après cette date).
(349) *JOUE* no L 183, 8 juill. 2016, p. 1.

Il faut seulement rappeler que ce règlement :
- concerne les époux mariés à compter du 29 janvier 2019, mais aussi les époux qui désigneront la loi applicable à leur régime matrimonial après cette date ;
- est applicable dans les dix-huit États membres ayant décidé de participer à la coopération renforcée ;
- a une vocation universelle, en ce sens que la loi désignée par le règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre ;
- consacre l'unicité de la loi applicable au régime matrimonial des époux.

Tout changement de loi applicable intervenant après le 29 janvier 2019 sera soumis au règlement européen, même si les époux se sont mariés avant cette date.

A/ Les possibilités de mutabilité volontaire

3259 En vertu de l'article 22 du règlement du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux, la loi que les époux peuvent désigner avant ou après leur mariage est la même. Ainsi, les époux pourront désigner :
- soit « la loi de l'État dans lequel au moins l'un des époux (...) a sa résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention » ;
- soit « la loi d'un État dont l'un des époux (...) a la nationalité au moment de la conclusion de la convention ».

Ainsi, cet article supprime deux possibilités qu'offrait la Convention de La Haye de 1978 : la loi du premier État sur le territoire duquel l'un d'eux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage, ou pour les immeubles la loi de leur situation.

Le règlement reste silencieux sur l'hypothèse du rattachement à la loi nationale lorsque l'un ou les deux époux ont plusieurs nationalités. Le considérant 50 du préambule du règlement reprend exactement les mêmes termes que le considérant 49 du préambule du règlement sur les partenariats enregistrés ci-avant exposé.

Le choix de loi est donc plus restreint que celui offert par la convention de La Haye.

B/ Le choix d'un régime matrimonial lors de la désignation de la loi applicable

3260 Le règlement du 24 juin 2016 ne précise pas, à l'instar de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, si les époux peuvent, à l'occasion de la désignation de la loi applicable, choisir le régime matrimonial qu'ils souhaitent.

Selon le professeur Georges Khairallah, « peut-être pourrions-nous dire que (...) l'article 1397-3 est rédigé d'une manière suffisamment générale pour qu'il trouve application dans les règlements du 24 juin 2016 » (350). Ainsi, les époux pourraient désigner un régime conventionnel à l'occasion du choix de loi.

C/ La forme de la désignation de la loi applicable

3261 L'article 23 du règlement du 24 juin 2016 reprend les mêmes termes que le règlement sur les partenariats enregistrés et exige que la convention désignant la loi applicable soit « formulée par écrit, datée et signée par les deux époux » et admet même « toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention ».

(350) G. Khairallah, *Bull. Cridon Paris* 15 mars 2018.

Cet article ajoute en son paragraphe 2 les règles formelles supplémentaires énoncées à l'article 23 du règlement n° 2016/1104 (« EPPE ») qu'il n'est donc pas pertinent de reprendre ici.

Il s'agit donc d'une convention matrimoniale, qui doit à la fois obéir aux exigences formelles imposées par la loi désignée et à celles imposées par la loi de l'État membre dans lequel se situe la résidence habituelle des époux.

Ce formalisme reprend les exigences rappelées dans l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 13 décembre 2017 (351).

La désignation de la loi applicable peut intervenir avant, pendant ou après la célébration du mariage des époux (352).

En effet, dans certains pays les époux optent au moment de la célébration de leur mariage pour un régime matrimonial et donc pour une loi applicable, comme par exemple en Italie, à Monaco, et dans certains pays d'Afrique.

À cet égard, il est rappelé que cette option devra être consignée dans un acte signé par les deux époux pour être reconnu valable en la forme au regard du règlement.

D/ Les effets de la désignation de la loi applicable

3262 L'article 22, § 2 du règlement du 24 juin 2016 précise que ce changement ne vaut que pour l'avenir. Toutefois, les époux peuvent donner un effet rétroactif à la désignation de la loi applicable, sous réserve de ne pas porter atteinte aux droits des tiers.

En l'absence de rétroactivité, il conviendra d'effectuer deux liquidations :
- pour la période avant la désignation : une liquidation par application de la loi applicable avant la désignation ;
- pour la période à compter de la désignation : une liquidation par application de la loi désignée, au moment de la dissolution du mariage.

E/ La portée de la loi applicable désignée

3263 Le règlement sur les régimes matrimoniaux consacre le principe d'unicité de la loi applicable, sans admettre d'exception comme le permettait la Convention de La Haye du 14 mars 1978. Par conséquent, ce choix doit désormais porter sur l'ensemble des biens des époux, sans aucune distinction (353) ; les époux ne peuvent donc plus soumettre leurs immeubles à une loi différente du reste de leurs biens.

F/ L'opposabilité aux tiers de la désignation de la loi applicable

3264 Ce rattachement subjectif n'est opposable aux tiers dans le cadre d'un litige que s'ils ont eu connaissance ou auraient dû avoir connaissance de cette loi (354).

L'article 28 du règlement n° 2016/1103 du 24 juin 2016 prévoit qu'un époux ne saurait opposer la loi applicable au régime matrimonial à un tiers dans le cadre d'un différend, sauf si le tiers avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance de la loi applicable au régime matrimonial. L'article 28, alinéa 2 précise les cas dans lesquels il sera considéré que le tiers

(351) Cass. 1re civ., 13 déc. 2017, n° 16-27.216 : *Defrénois flash* 15 janv. 2018, n° 143d2, p. 19.
(352) Règl. 24 juin 2016, préambule, consid. 45.
(353) Règl. 24 juin 2016, art. 21.
(354) Règl. 24 juin 2016, art. 28.

avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance de la loi applicable au régime matrimonial.

« 2. Le tiers est réputé avoir cette connaissance de la loi applicable au régime matrimonial si :

a) ladite loi est la loi : i) de l'État dont la loi est applicable à la convention conclue entre l'un des époux et le tiers ; ii) de l'État où l'époux contractant et le tiers ont leur résidence habituelle ; ou iii) dans des dossiers portant sur des biens immeubles, de l'État dans lequel le bien est situé ; ou

b) l'un des époux s'est conformé aux obligations en matière de publicité ou d'enregistrement du régime matrimonial prévues par la loi : i) de l'État dont la loi est applicable à la convention conclue entre l'un des époux et le tiers ; ii) de l'État où l'époux contractant et le tiers ont leur résidence habituelle ; ou iii) dans des dossiers portant sur des biens immeubles, de l'État dans lequel le bien est situé. »

Ainsi qu'il a été souligné dans le cadre du règlement « EPPE », le rôle du notaire est fondamental dans le cadre de la détermination de la loi applicable : il lui revient d'informer le tiers contractant du régime matrimonial des époux avec lequel il contracte.

G/ L'exclusion du renvoi

3265 Le renvoi est exclu par l'article 32 du règlement n° 2016/1103 en ces termes : « Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un État, il entend les règles de droit en vigueur dans cet État, à l'exclusion de ses règles de droit international privé ».

L'exclusion du renvoi semble pleinement logique compte tenu de l'objectif du règlement : en effet, si le renvoi avait été autorisé, cela aurait déjoué la prévisibilité et la sécurité que le règlement a voulu instaurer. Ce que les parties désignent en choisissant une loi, ce sont bien les règles matérielles qui organisent la répartition de leurs biens et leur gestion, et non une règle de conflit de lois.

H/ Les correctifs au rattachement admis : l'ordre public et les lois de police

I/ L'ordre public

3266 La loi applicable « ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for » (355).

Les rédacteurs du règlement ont voulu que l'exception d'ordre public soit établie de façon restrictive. En effet, l'article 31 du règlement ne permet d'écarter la loi désignée que si elle est *manifestement* contraire à l'ordre public.

L'ordre public peut être entendu de deux façons :

Il peut tout d'abord être constitué de principes universels communs à toutes les nations civilisées, tel le principe d'égalité des droits entre hommes et femmes ; cela n'exclut pas le fait que le droit des régimes matrimoniaux est très hétéroclite et est le reflet pour chaque pays de ses conceptions culturelles, religieuses ou familiales.

Il existe en effet un droit fondamental relatif à l'absence de discrimination. Ainsi, la Cour de cassation, dans un arrêt de 1998 (356), a accepté de faire jouer l'exception d'ordre public contre la loi suisse qui organisait une répartition discriminatoire des biens au regard du sexe

(355) Règl. n° 2016/1103, art. 31.
(356) Cass. 1re civ., 24 févr. 1998.

des époux (357). Il est certain que le règlement autoriserait dans des cas similaires le déclenchement de l'ordre public.

L'ordre juridique de référence est celui du *for* : si le juge français est saisi, c'est au regard de l'ordre juridique français que sera appréciée la contrariété à l'ordre public.

Ainsi, une loi étrangère établissant une inégalité fondée sur le sexe, la religion, la nationalité ou l'appartenance à une minorité pourrait être écartée sur le fondement d'une contrariété à l'ordre public. Il sera alors appliqué la loi du *for*.

Toutefois, le considérant 54 du règlement n° 2016/1103 (358) prévoit que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne devra en tout état de cause être respectée.

Ainsi un pays contractant ne connaissant pas le mariage entre personnes de même sexe (par ex., la Bulgarie) pourrait au titre de son ordre public vouloir écarter une loi étrangère reconnaissant des effets patrimoniaux à une telle union. Cependant, ce refus ne pourrait pas être mis en œuvre, le principe de non-discrimination étant un droit fondamental contenu dans l'article 21 de la Charte.

Il faut noter que, dans ce cas, le juge saisi aurait toujours la possibilité de décliner sa compétence en vertu de l'article 9.1. du règlement (359).

II/ Les lois de police

L'article 30 du règlement n° 2016/1103 (360) précise que l'application de la loi désignée peut être évincée par le jeu des lois de police. Le règlement (contrairement à la Convention de La Haye de 1978 et à d'autres règlements en matière familiale) pose une définition de la loi de police. **3267**

Au titre du règlement, certaines dispositions du régime primaire français sont susceptibles d'être qualifiées de loi de police (361).

(357) Il s'agit de l'ancien régime matrimonial de l'union des biens. Ce régime est uniquement valable pour les couples mariés avant le 1er janvier 1988 qui ont fait une déclaration commune convenant de demeurer sous ce régime avant le 31 décembre 1988. Ce régime prévoit une répartition de deux tiers pour le mari et un tiers pour la femme.

(358) Dans des circonstances exceptionnelles, des considérations d'intérêt public devraient également donner aux juridictions et aux autres autorités compétentes des États membres chargées des matières relevant du régime matrimonial la possibilité d'écarter certaines dispositions d'une loi étrangère lorsque, dans un cas précis, l'application de ces dispositions serait manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État membre concerné. Néanmoins, les juridictions ou autres autorités compétentes ne devraient pas pouvoir appliquer l'exception d'ordre public en vue d'écarter la loi d'un autre État ou refuser de reconnaître – ou, le cas échéant, d'accepter – ou d'exécuter une décision rendue, un acte authentique ou une transaction judiciaire d'un autre État membre, lorsque ce refus serait contraire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après dénommée « Charte »), en particulier son article 21 relatif au principe de non-discrimination.

(359) Règl. n° 2016/1103, art. 9.1. : « À titre exceptionnel, si la juridiction de l'État membre compétente en vertu de l'article 4, 6, 7 ou 8 considère que son droit international privé ne reconnaît pas le mariage concerné aux fins d'une procédure en matière de régimes matrimoniaux, elle peut décliner sa compétence. Lorsque la juridiction concernée décide de décliner sa compétence, elle le fait sans retard indu ».

(360) « Lois de police 1. Les dispositions du présent règlement ne portent pas atteinte à l'application des lois de police du juge saisi. 2. Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un État membre pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels 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 régime matrimonial en vertu du présent règlement. »

(361) V. *supra*, Chapitre II, Section III, Sous-section II, § III.

Ces dispositions seront directement applicables dès lors que la situation présente un rattachement avec la France, et ce même si le régime matrimonial est régi par une loi étrangère. Ce sera notamment le cas de l'article 215, alinéa 3 du Code civil sur la protection du logement de la famille : il s'appliquera si ce logement est situé en France et sans considération de la loi par ailleurs applicable au régime matrimonial.

Sous-section II La mutabilité automatique

3268 La mutabilité automatique du régime matrimonial est régie par l'article 7 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 qui énonce que :

« Si les époux n'ont ni désigné la loi applicable, ni fait de contrat de mariage, la loi interne de l'État où ils ont tous deux leur résidence habituelle devient applicable, aux lieu et place de celle à laquelle leur régime matrimonial était antérieurement soumis :

1. à partir du moment où ils y fixent leur résidence habituelle, si la nationalité de cet État est leur nationalité commune, ou dès qu'ils acquièrent cette nationalité, ou
2. lorsque, après le mariage, cette résidence habituelle a duré plus de dix ans, ou
3. à partir du moment où ils y fixent leur résidence habituelle, si le régime matrimonial était soumis à la loi de l'État de la nationalité commune uniquement en vertu de l'article 4, alinéa 2, chiffre 3 ».

§ I Les époux concernés

3269 Si la mutabilité volontaire concerne les époux mariés avant ou après le 1er septembre 1992, la mutabilité automatique elle, ne s'applique qu'aux époux mariés entre le 1er septembre 1992 et le 28 janvier 2019.

Cette mutabilité automatique n'est pas non plus applicable aux époux, même mariés entre le 1er septembre 1992 et le 28 janvier 2019, qui ont signé un contrat de mariage ou ont choisi la loi applicable à leur régime matrimonial.

Cependant, si les époux ont fait un choix de loi applicable seulement pour une partie de leurs biens (immeubles par exemple), la mutabilité automatique s'appliquera pour les autres biens dont la loi applicable n'a pas été désignée.

Il est à noter que cette mutabilité automatique peut se produire même après l'entrée en vigueur du règlement, concernant des époux mariés entre le 1er septembre 1992 et le 29 janvier 2019.

§ II À quel moment ?

3270 Dans les cas où la mutabilité automatique s'applique, c'est la loi de l'État dans lequel les époux ont fixé leur résidence habituelle qui va se substituer aux lieu et place de la loi à laquelle leur régime matrimonial était antérieurement soumis. Cette mutabilité automatique est toutefois encadrée dans trois hypothèses.

Premièrement, la mutabilité automatique est prévue dans le cas où les époux fixent leur résidence habituelle dans l'État dont ils ont la nationalité commune, ou dès qu'ils acquièrent la nationalité de cet État.

Cette règle concerne donc les couples immigrés qui retournent dans leur pays d'origine ou qui prennent la nationalité de leur pays de résidence.

Ainsi deux époux de nationalité française, qui avaient leur première résidence habituelle commune au Luxembourg où ils se sont mariés sans contrat le 5 mai 1995, se trouvaient soumis au régime légal luxembourgeois. Quatre ans après leur mariage, en raison de leur déménagement pour la France, ils se retrouvent donc soumis automatiquement au régime légal français, loi de leur nationalité commune, et ce sans délai.

Me Richard Crône a précisé à ce sujet : « Ce que les rédacteurs de la Convention ont entendu privilégier est ici la convergence entre résidence et nationalité » (362).

3271 Deuxièmement, le régime matrimonial des époux est également automatiquement modifié si, après le mariage, les époux ont fixé leur résidence habituelle depuis plus de dix ans dans un autre État : la loi de cet État est alors applicable.

Ainsi, un couple ayant eu sa première résidence habituelle commune en France au moment de son mariage se retrouve automatiquement soumis à un autre régime s'il déménage dans un autre pays (en Espagne par exemple) et y réside durant dix ans, au terme de cette période. La loi applicable à leur régime matrimonial est automatiquement modifiée et c'est la loi espagnole qui s'applique à leur régime matrimonial, à compter du premier jour qui suit l'expiration du délai de dix ans.

3272 Troisièmement, si des époux, au moment du mariage, n'ont pas établi de résidence habituelle dans le même État, leur régime matrimonial est soumis à leur loi nationale commune en vertu de l'article 4, alinéa 2, 3° de la Convention de La Haye du 14 mars 1978. Cependant, dès lors que les époux définissent leur résidence habituelle, la loi de l'État de leur résidence habituelle se substitue à la loi anciennement applicable (363).

Ainsi, deux époux de nationalité anglaise se marient le 28 octobre 2012 sans contrat de mariage au Portugal mais n'ont, au moment de leur mariage, pas de résidence commune habituelle : l'un habite au Portugal et l'autre en Angleterre. C'est la loi de leur nationalité commune qui s'applique, soit la loi anglaise. Puis l'époux qui habitait en Angleterre rejoint son conjoint au Portugal. Leur première résidence habituelle étant située au Portugal, les époux sont désormais soumis au régime légal portugais.

C'est ce qu'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 12 février 2014 (364) : il s'agissait d'un couple turc marié en 1997, dont monsieur avait sa résidence habituelle en France et madame était restée dans son pays d'origine après le mariage. Un an après le mariage, madame déménage en France. En 2006, une instance en divorce est introduite en France. Bien que les époux n'aient pas soulevé la mutabilité automatique de la loi applicable à leur régime matrimonial, la cour d'appel de Colmar a appliqué l'article 7 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 pour en déduire que le régime matrimonial des époux avait été soumis à la mutabilité automatique. L'époux forme un pourvoi en cassation arguant que les époux n'étaient pas tous deux Français et qu'ils n'avaient pas tous deux résidé en France plus de dix ans afin d'écarter la mutabilité automatique. La Cour de cassation rejette le pourvoi et décide que « la cour d'appel a exactement décidé, hors toute dénaturation, qu'à la suite de l'arrivée en France de l'épouse, la loi française était applicable, pour l'avenir, à leur régime matrimonial ».

Ainsi, dans cette espèce, il y aura lieu d'effectuer deux liquidations :
- une liquidation du régime légal turc au moment de l'installation de madame en France ;
- et une liquidation du régime légal français au moment du divorce.

(362) R. Crône, *Le changement automatique de loi applicable au régime matrimonial a encore de beaux jours devant lui : Sol. Not.* 2017, n° 1, p. 19.
(363) Cass. 1re civ., 12 avr. 2012, n° 10-27.016 : *Bull. civ.* 2012, I, n° 90.
(364) Cass. 1re civ., 12 févr. 2014, n° 12-29.297 : *JurisData* n° 2014-002460 ; *JCP* N 2014, n° 9, act. 334.

Dans cette affaire, une seconde mutabilité automatique a été évitée. En effet, depuis la réforme du Code civil turc du 22 novembre 2001 entrée en vigueur le 1er janvier 2002, le régime légal turc n'est plus le régime de la séparation de biens, mais celui de la participation aux acquêts. Dans le cadre de cette réforme, si les époux mariés avant le 1er janvier 2002 n'avaient pas fait de déclaration d'option dans le délai d'un an à compter de l'entrée en vigueur de la loi, ils étaient automatiquement soumis au nouveau régime légal turc, sans rétroactivité. Ainsi, si l'épouse s'était installée en France après le 1er janvier 2002, les époux auraient été soumis à trois régimes différents : séparation de biens, puis participation aux acquêts, puis communauté d'acquêts.

Pour anticiper ces risques, le notaire a pu conseiller à des époux mariés sans contrat entre le 1er septembre 1992 et le 28 janvier 2019 de désigner la loi applicable à leur régime matrimonial.

Rappel des situations pouvant entraîner une mutabilité automatique :

- les époux de même nationalité se sont mariés sans avoir de résidence habituelle commune, et souhaitent déménager afin de fixer leur résidence habituelle dans un seul État ;
- les époux ont la même nationalité, mais ont leur résidence habituelle dans un État étranger à leur nationalité commune. Ils font part de leur souhait de déménager prochainement dans leur État d'origine ;
- les époux se sont mariés dans un État et y ont habité pendant plusieurs années puis ont déménagé ensemble dans un autre État depuis bientôt neuf ans.

Il conviendra dans ces situations de procéder à la désignation de la loi applicable.

§ III Effets de la mutabilité automatique

3273 En vertu de l'article 8 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, le changement automatique ne vaut que pour l'avenir. Ainsi, lors de la liquidation du régime matrimonial des époux, « il convient de procéder à une double liquidation du régime matrimonial, sous l'empire de lois distinctes ». La mutabilité automatique a donc un effet immédiat mais non rétroactif (365).

§ IV *Quid* après le 28 janvier 2019 ?

3274 La mutabilité automatique du régime matrimonial instaurée par la Convention de La Haye du 14 mars 1978 a été qualifiée de « bombe à retardement » (366). En effet, les États tiers à la convention ne connaissent pas cette mutabilité automatique et il peut en résulter des situations « boiteuses » (367).

Par ailleurs, le cas de mutabilité automatique prenant effet dix ans après que les époux ont fixé leur résidence habituelle dans un État peut se réaliser plusieurs fois si le couple est amené à déménager à plusieurs reprises. Il faudrait alors liquider successivement trois ou quatre régimes matrimoniaux. À cela s'ajoute le fait que les praticiens rencontrent des difficultés pour fixer le point de départ du délai de dix ans et que les documents permettant d'établir avec certitude le patrimoine des époux à une date trop lointaine font souvent défaut.

(365) Cass. 1re civ., 12 avr. 2012, nº 10-27.016 : *Bull. civ.* 2012, I, nº 90.

(366) R. Crône, *Le changement automatique de la loi applicable au régime matrimonial : une bombe à retardement : Defrénois* 2001, nº 18, p. 1206 et s.

(367) V. R. Crône, *Le changement automatique de loi applicable au régime matrimonial a encore de beaux jours devant lui : Sol. Not.* 2017, nº 1, p. 19.

Le considérant 46 du préambule du règlement n° 2016/1103 précise : « Afin d'assurer la sécurité juridique des transactions et d'empêcher que des modifications de la loi applicable au régime matrimonial soient introduites sans que les époux en soient informés, aucun changement de la loi applicable au régime matrimonial ne devrait intervenir sans demande expresse des parties ».

Autrement dit, le principe est désormais celui de la permanence du rattachement. Ce principe est conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation avant la convention de La Haye. Par exemple, elle a pu juger, s'agissant d'époux mariés en Arménie en 1970 sous le régime arménien de la séparation de biens qui se sont ensuite établis en France, dont ils ont acquis la nationalité, que « s'agissant d'époux mariés avant l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, le rattachement du régime matrimonial légal ou conventionnel à la loi choisie par les époux est permanent et qu'un changement de leur nationalité est sans effet à cet égard » (368).

La doctrine se félicite de la suppression de la mutabilité automatique. Pour autant, cette mutabilité automatique ne disparaît pas pour les époux qui se sont mariés sans contrat entre le 1er septembre 1992 et le 28 janvier 2019. **3275**

Le notaire devra continuer, après l'entrée en application du règlement du 24 juin 2016, à détecter toute mutabilité automatique possible pour les époux mariés entre le 1er septembre 1992 et le 28 janvier 2019.

Tableau synoptique de la détermination de la loi applicable au régime matrimonial **3276**

Date de célébration du mariage	**Avant le 1er septembre 1992**	**Entre le 1er septembre 1992 et le 28 janvier 2019**	**À compter du 29 janvier 2019**
Système applicable	Droit commun	Convention de La Haye du 14 mars 1978	Règlement (UE) du 24 juin 2016
Loi choisie par les époux	Oui	Article 3	Article 22
Étendue du choix	Liberté totale de choix Limite : ordre public	**Limitée :** choix d'une loi présentant un lien avec les époux (nationalité ou résidence habituelle au moment de la désignation, 1er État où l'un des époux fixe sa résidence habituelle après le mariage).	**Limitée :** choix d'une loi présentant un lien avec les époux (nationalité, résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention).
Divisibilité du régime matrimonial	**Non** Unicité de la loi	**Oui** Choix possible du lieu de situation pour les immeubles.	**Non** Unicité de la loi
Loi applicable à défaut de choix par les époux	Jurisprudence	Articles 4 et 5	Article 26

(368) Cass. 1re civ., 12 mai 2010, n° 09-65.524.

Date de célébration du mariage	Avant le 1er septembre 1992	Entre le 1er septembre 1992 et le 28 janvier 2019	À compter du 29 janvier 2019
Détermination de la loi applicable	Loi du 1er domicile commun des époux (appréciation : minimum 2 ans). Présomption simple.	*Principe :* loi de la 1re résidence habituelle des époux après le mariage. *Exception :* pour la loi nationale commune ou pour la loi avec laquelle le régime matrimonial présente les liens les plus étroits (voir tableau).	*3 critères hiérarchisés :* – loi de la 1re résidence habituelle commune des époux après la célébration du mariage ; – à défaut, loi nationale commune des époux au moment de la célébration du mariage ; – à défaut, loi des liens les plus étroits au moment de la célébration du mariage.
Mutabilité volontaire	**Oui** – Entre le 1er septembre 1992 et le 28 janvier 2019 : article 6 de la Convention de La Haye (art. 21). – Après le 29 janvier 2019 : article 22 du règlement (art. 70).	Article 6 **Oui** – > Choix de la loi de l'État : – de la nationalité de l'un des époux ; – de la résidence habituelle de l'un des époux au moment de la désignation ; – du lieu situation pour les immeubles. – > Effet rétroactif sauf volonté contraire des époux.	Article 22 **Oui** – > Choix de la loi de l'État : – de la résidence habituelle de l'un des époux ; – de la nationalité de l'un des époux. Au moment de la conclusion de la convention. – > Effet non rétroactif sauf volonté contraire des époux.
Mutabilité automatique de la loi applicable	**Non** Permanence du rattachement	Article 7, alinéa 2. **Oui** – > En l'absence de désignation de loi applicable ou de contrat de mariage, en faveur de la loi de la nouvelle résidence habituelle des époux : – sans délai si elle coïncide avec la loi nationale commune des époux ; – après un délai de 10 ans de résidence ; – si le régime des époux était soumis à la loi nationale commune (en raison de l'absence de résidence habituelle des époux après le mariage). – > Effet non rétroactif sauf volonté contraire des époux (art. 8).	Article 26, § 3 **Non** Sauf décision judiciaire de l'article 26, § 3. À la demande de l'un des époux et sur décision judiciaire, rattachement exceptionnel à la loi de la dernière résidence habituelle des époux.

Convention de La Haye du 14 mars 1978
Détermination de la loi applicable à défaut de choix de loi

PRINCIPE

Article 4 : loi interne de l'État de la première résidence habituelle des époux après le mariage

EXCEPTIONS

I – Les époux ne fixent pas leur première résidence habituelle dans le même État

Ils ont une loi nationale commune	Ils n'ont pas de loi nationale commune
⇩	⇩
Loi de cet État	Loi de l'État avec lequel le régime matrimonial présente les liens les plus étroits

II – Les époux fixent leur première résidence habituelle dans le même État mais application du principe de la loi nationale commune

Article 5 de la convention	**Article 4 de la convention**
Les époux ont tous 2 la nationalité d'un État contractant ayant fait une déclaration en ce sens (Pays-Bas) ⇨ **Loi nationale commune** Exception : pour les époux ayant eux leur résidence habituelle avant le mariage dans un autre État pendant 5 ans au moins ⇨ **Loi de la résidence habituelle** commune Exception à l'exception : si l'État de la résidence habituelle : - A fait la déclaration de l'article 5 (Pays-Bas) - Ou est un État tiers dont le droit international privé prescrit l'application de la loi nationale (ex : Grèce, Allemagne…) ⇨ **Loi nationale commune**	Convergence des systèmes de conflit de lois en faveur de la loi nationale commune. - La résidence habituelle des époux après le mariage située : → Dans un État ayant fait la déclaration de l'article 5 (Pays-Bas) → Ou est un État tiers dont le droit international privé prescrit l'application de la loi nationale (ex : Grèce, Allemagne…) ⇨ **Loi nationale commune**

TROISIÈME PARTIE

Se séparer

3277 Toute union prendra malheureusement fin un jour. La fin du couple, dans le meilleur des cas, intervient de nombreuses années après que celui-ci a été formé, par le décès. Il peut aussi résulter d'une séparation.

En France, le nombre de séparations par divorce a connu une augmentation de 63 % entre 1996 et 2013 (369). La tendance est depuis en hausse constante (370).

S'agissant de la rupture des pacs, le ministère de la Justice a enregistré 80 000 dissolutions en 2015 contre 25 000 en 2007.

Lors la dissolution du partenariat, il sera fait application de l'article 515-7-1 du Code civil qui prévoit que : « Les conditions de formation et les effets d'un partenariat enregistré ainsi que les causes et les effets de sa dissolution sont soumis aux dispositions matérielles de l'État de l'autorité qui a procédé à son enregistrement ». Si un juge doit être saisi à défaut d'accord, ce sont les règles de compétence de droit commun qui s'appliqueront, le règlement Bruxelles II *bis* étant limité aux couples mariés.

La règle énoncée à l'article 515-7-1 du Code civil est une règle de conflit de lois et non de compétence. Ainsi, d'autres autorités que celles de l'État de l'autorité qui a procédé à son enregistrement peuvent être compétentes.

Un notaire français pourrait donc être requis pour recevoir un acte emportant dissolution d'un partenariat enregistré conformément à un droit étranger. Dans un tel cas, il devra faire application de la loi étrangère tant en ce qui concerne les causes de dissolution que la forme requise pour en assurer la rupture. Ainsi, dans l'hypothèse où la loi de l'autorité ayant procédé à l'enregistrement du partenariat prescrirait une forme judiciaire, le notaire devra orienter les partenaires vers un mode de rupture judiciaire.

Il ne sera envisagé dans le présent rapport que de la désunion des couples mariés, qui intéresse plus particulièrement la pratique notariale.

Dans un contexte international le divorce, émaillé d'éléments d'extranéité, peut présenter des aspects particuliers, d'une part en ce qui concerne les conflits de juridictions et les conflits de lois **(Titre I)**, mais aussi, d'autre part, à travers les conséquences patrimoniales qui en découlent **(Titre II)**.

(369) R. Karayan, *Divorce et rupture : portrait-robot de la France qui se sépare : L'Express* 16 déc. 2015.

(370) Selon l'Insee, en 2016, 128 000 divorces ont été prononcés, contre 123 600 en 2015 (*Mariages - Pacs - Divorces : Insee références* 27 févr. 2018).

TITRE I

La procédure de divorce

Le divorce revêt une dimension internationale lorsque : 3278
- les époux résident en France, et au moins l'un d'entre eux a une nationalité étrangère ;
- l'un des époux a la nationalité française et réside à l'étranger.

L'existence d'un élément d'extranéité dans une procédure de divorce ajoute de la complexité à la procédure. Très souvent, la procédure de divorce se trouvera fractionnée entre plusieurs pays pouvant être amenés à connaître différents aspects de celle-ci : l'un pourra statuer sur les questions relatives aux enfants et un autre sur les aspects financiers. Même si une seule juridiction est compétente pour l'ensemble de la procédure, ce sont souvent deux, voire plusieurs lois qui s'appliqueront à des aspects différents.

Devant cette pluralité de compétences et de lois, le notaire en charge d'un divorce contentieux devra être particulièrement vigilant au moment de l'introduction de la demande en divorce afin de pouvoir conseiller son client sur le choix de la juridiction, si celui-ci est possible.

Cette complexité se retrouve à l'heure actuelle avec plus d'acuité dans le « divorce sans juge » entré en vigueur en droit français le 1er janvier 2017 **(Sous-titre II)**. L'absence de juridiction ayant « prononcé » le divorce suscite dans un contexte international de nombreuses questions à ce jour non résolues **(Sous-titre I)**.

SOUS-TITRE I

Le divorce judiciaire

Dans le cadre d'un divorce judiciaire international, il convient de répondre à deux questions fondamentales : quel est le juge compétent pour connaître du divorce ? Quelle est la loi qu'il devra appliquer ? 3279

CHAPITRE I Les conflits de juridictions en matière de divorce

Confronté à un divorce contentieux, il convient de déterminer la juridiction qui aura à en traiter. Pour ce faire, la première question à résoudre est de déterminer si le divorce entre dans le champ d'application du règlement dit « Bruxelles II *bis* » (371). 3280

(371) Cons. UE, règl. (CE) nº 2201/2003, 27 nov. 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) nº 1347/2000 : *JOCE* nº L 338, 23 déc. 2003 : tous les États membres de l'Union européenne sont liés par ce règlement sauf le Danemark.

Si tel n'est pas le cas, il convient d'appliquer les règles de droit français transposées à l'ordre international. En application des jurisprudences *Pelassa* et *Scheffel* (372), les tribunaux français peuvent être compétents notamment sur le fondement de l'article 1070 du Code de procédure civile (373).

3281 Afin de déterminer la juridiction compétente, le notaire devra s'assurer de l'applicabilité du règlement Bruxelles II *bis*.

Son champ d'application matériel est précisé par l'article 1 du règlement qui prévoit qu'il est applicable « au divorce, à la séparation de corps et à l'annulation du mariage » (374).

Concernant le champ d'application temporel, le règlement est applicable aux actions intentées à compter du 1er mars 2005 (375).

Enfin, s'agissant du champ d'application territorial, le règlement Bruxelles II *bis* s'applique dès lors que le litige se rattache à l'Union européenne soit en raison du domicile du défendeur sur le territoire d'un État membre (376), soit en raison de la réalisation sur le territoire d'un État membre d'un chef de compétence exclusive (377), soit par la désignation conventionnelle des tribunaux d'un État membre à la condition que l'une des parties soit domiciliée sur le territoire d'un État membre (378).

Section I Les règles de compétence du règlement Bruxelles II *bis*

3282 Il faut distinguer entre les articles 3 à 5, et 6 et 7 du règlement.

§ 1 Les articles 3 à 5 du règlement Bruxelles II *bis* : la compétence générale

3283 L'article 3 prévoit des règles à rattachements alternatifs et non hiérarchisés : cela signifie que si une pluralité de chefs de compétence est remplie, le demandeur dispose d'un large choix.

(372) Cass. 1re civ., 19 oct. 1959, *Pelassa : Bull. civ.* 1959, I, no 416, p. 344 et Cass. 1re civ., 30 oct. 1962, no 61-11.306, *Scheffel*.

(373) CPC, art. 1070 : « Le juge aux affaires familiales territorialement compétent est : – le juge du lieu où se trouve la résidence de la famille ; – si les parents vivent séparément, le juge du lieu de résidence du parent avec lequel résident habituellement les enfants mineurs en cas d'exercice en commun de l'autorité parentale, ou du lieu de résidence du parent qui exerce seul cette autorité ; – dans les autres cas, le juge du lieu où réside celui qui n'a pas pris l'initiative de la procédure. En cas de demande conjointe, le juge compétent est, selon le choix des parties, celui du lieu où réside l'une ou l'autre. Toutefois, lorsque le litige porte seulement sur la pension alimentaire, la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant, la contribution aux charges du mariage ou la prestation compensatoire, le juge compétent peut être celui du lieu où réside l'époux créancier ou le parent qui assume à titre principal la charge des enfants, même majeurs. La compétence territoriale est déterminée par la résidence au jour de la demande ou, en matière de divorce, au jour où la requête initiale est présentée ».

(374) Selon l'article 1, § 3 du règlement : « Le présent règlement ne s'applique pas: *a)* à l'établissement et la contestation de la filiation ; *b)* à la décision sur l'adoption et les mesures qui la préparent, ainsi que l'annulation et la révocation de l'adoption ; *c)* aux noms et prénoms de l'enfant ; *d)* à l'émancipation ; *e)* aux obligations alimentaires ; *f)* aux trusts et successions ; *g)* aux mesures prises à la suite d'infractions pénales commises par des enfants ».

(375) Règl. no 2201/2003, art. 72.

(376) Règl. no 2201/2003, art. 2.

(377) Règl. no 2201/2003, art. 22.

(378) *Ibid.*

L'article 3 dispose que sont compétentes les juridictions de l'État membre :

a) « sur le territoire duquel se trouve :
- la résidence habituelle des époux, ou
- la dernière résidence habituelle des époux dans la mesure où l'un d'eux y réside encore, ou
- la résidence habituelle du défendeur, ou
- en cas de demande conjointe, la résidence habituelle de l'un ou l'autre époux, ou
- la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins une année immédiatement avant l'introduction de la demande, ou
- la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins six mois immédiatement avant l'introduction de la demande et s'il est soit ressortissant de l'État membre en question, soit, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, s'il y a son "domicile" ;

b) de la nationalité des deux époux (379)

ou, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, du "domicile" commun ».

3284 S'agissant de la « résidence habituelle », une difficulté peut se poser quant à sa détermination, le règlement n'en donnant aucune définition.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 14 décembre 2005 (380), a précisé ce qu'il fallait entendre par résidence habituelle dans le cadre du règlement. Elle a repris la définition de la résidence habituelle dégagée par la Cour de justice et a précisé que la notion de résidence habituelle, notion autonome du droit communautaire, se définit comme le lieu ou l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel des ses intérêts. Il s'agit donc d'un raisonnement par faisceaux d'indices.

3285 Du fait des critères de rattachement alternatifs, des situations de litispendance (381) peuvent se produire.

Si les époux ont saisi deux juridictions différentes, il faut alors déterminer laquelle d'entre elles sera amenée à se prononcer. Sur ce point, l'article 19 du règlement pose le critère *priore tempore potior jure* (382) :

« 1. Lorsque des demandes en divorce, en séparation de corps ou en annulation du mariage sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'États membres différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence de la juridiction première saisie soit établie.

(...)

(379) À noter que si les deux époux ont tous deux la double nationalité d'un État membre, ces derniers peuvent saisir, selon leur préférence, la juridiction de l'un ou l'autre des États membres concernés (choix supplémentaire). Cela résulte de l'arrêt *Hadadi* (CJCE, 16 juill. 2009, aff. C-168/06, spéc. pt 43, sur lequel, V. not. : L. d'Avout : *JDI* 2010, n° 1, comm. 4. – C. Nourissat : *Procédures* 2009, n° 11, comm. 361).

(380) Cass. 1re civ., 14 déc. 2005 : *Bull. civ.* 2005, I, n° 506.

(381) La litispendance peut se définir comme la « situation qui naît lorsqu'un litige pendant devant une juridiction est porté devant une autre juridiction également compétente pour en connaître et qui se résout par le dessaisissement de cette dernière, si l'une des parties le demande » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2014, V° *Litispendance*).

(382) Cet adage signifie que le premier en date est le premier en droit.

3. Lorsque la compétence de la juridiction première saisie est établie, la juridiction saisie en second lieu se dessaisit en faveur de celle-ci » (383).

La question est importante en ce que, en cas de litispendance, il incombe aux parties de déterminer la date et l'heure de la saisine des juridictions (384) pour déterminer laquelle a été saisie en premier.

Quid du décalage horaire ?

Puisqu'il faut parfois comparer les heures de saisine, la prise en considération du décalage horaire pose des questions pratiques importantes. Comment, en effet, apprécier l'antériorité de la saisine lorsque face à un cas de litispendance, les juridictions saisies ne sont pas soumises au même fuseau horaire ?

Exemple : Le juge anglais est saisi d'une requête en divorce à 14 h 00, heure locale. L'épouse souhaitant également divorcer saisit le même jour un tribunal bulgare à 15 h 00, heure locale. Précisons qu'entre l'Angleterre et la Bulgarie, le décalage horaire est de deux heures.

Quelle est alors la juridiction première saisie ?

L'une des solutions serait de prendre en compte l'heure de chaque pays, sans considérer le décalage horaire, c'est-à-dire 14 h 00 pour l'Angleterre et 15 h 00 pour la Bulgarie. De la sorte, il faudrait conclure à la compétence du juge anglais. Une telle solution présente des désavantages évidents pour les plaideurs établis sur le sol d'États situés géographiquement à l'est de l'Union européenne.

Une autre solution serait de déterminer l'heure de saisine en se basant sur une heure GMT0 ou UTC0, cela dans le but de ne pas favoriser outre mesure les États situés à l'ouest. Le fuseau horaire de l'Angleterre, actuellement (heure d'été), est de GMT+1 ; celui de la Bulgarie GMT+3. Ainsi, il faudrait reculer l'horaire anglais d'une heure et l'horaire bulgare de trois heures pour arriver à un point GMT0 et obtenir une équivalence, de sorte que, dans le présent exemple, le juge anglais serait réputé saisi à 13 h 00 et le juge bulgare à 12 h 00 : l'exception de litispendance jouerait alors en faveur du juge bulgare qui pourrait ainsi se prononcer sur le divorce.

Le notaire, amené à conseiller son client en amont de la procédure de divorce, devra lui indiquer que l'heure de la saisine doit être portée sur les documents constitutifs de l'acte introductif d'instance pour se ménager une preuve.

(383) La Cour de justice a été saisie d'une question préjudicielle relative à l'application de l'article 19 du règlement. En l'espèce, était en cause un cas de litispendance relatif à une instance en divorce. La question posée était de savoir si les règles de l'article 19 avaient vocation à s'appliquer, alors que la procédure devant la juridiction première saisie s'était entre temps éteinte. La Cour de justice a écarté l'application de l'article 19, arguant qu'il n'y avait pas lieu à litispendance dans la mesure où la première instance était éteinte (CJUE, 6 oct. 2015, aff. C-489/14 : *Procédures* 2015, n° 12, comm. 360, note C. Nourissat).

(384) En la matière peut être cité un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 11 juin 2008. En l'espèce, deux époux de nationalité française vivaient à Londres. Le 24 mars 2005, le juge français fut saisi d'une requête en divorce par l'époux. Le même jour, l'épouse agissait devant la *High Court of Justice* de Londres. Les juges français avaient accepté de surseoir à statuer au profit des magistrats londoniens, l'épouse ayant excipé d'une exception de litispendance internationale. Par la suite, l'époux forma un pourvoi en cassation, invoquant la charge de la preuve. Plus précisément, l'époux estimait qu'il incombait à la personne se prévalant de l'exception de litispendance – en l'espèce, l'épouse – de prouver l'antériorité de la saisine des juridictions. La Cour de cassation a cependant opté pour une solution fondée sur le partage de la charge de la preuve : l'épouse ayant pu prouver l'heure de saisine du juge anglais (la signification ayant eu lieu à 12 h 30), il revenait à l'époux de prouver l'heure à laquelle il avait saisi le juge français, ce qu'il n'avait en l'espèce pas démontré. Ainsi, la preuve de l'heure de la saisine d'une juridiction par l'un des plaideurs joue comme une présomption simple d'antériorité jusqu'à ce que la partie adversaire rapporte la preuve contraire.

Si l'article 3 du règlement Bruxelles II ***bis*** ne permet pas de fonder la compétence d'un juge d'un État membre, il faut vérifier si d'autres dispositions dudit règlement sont susceptibles de fonder une telle compétence.

3286 L'article 4, relatif à la demande reconventionnelle, et l'article 5, afférent à la conversion de la séparation de corps en divorce, du règlement Bruxelles II ***bis*** sont également susceptibles de fonder la compétence du juge d'un État membre.

Aux termes de ces textes, il apparaît que :

Article 4 : « La juridiction devant laquelle la procédure est pendante en vertu de l'article 3, est également compétente pour examiner la demande reconventionnelle, dans la mesure ou celle-ci entre dans le champ d'application du présent Règlement ».

Article 5 : « La juridiction de l'État membre qui a rendu une décision sur la séparation de corps est également compétente pour convertir cette décision en divorce, si la loi de cet État membre le prévoit ».

Force est de constater qu'en pratique le notaire sera rarement confronté à l'application de ces textes, les situations entraînant leur application étant peu fréquentes (385).

§ II Les articles 6 et 7 du règlement : l'éventuel retour au droit commun

3287 En pratique, l'article 6 du règlement n° 2201/2003 s'avère d'une utilisation fréquente.

Selon cet article : « Un époux qui : *a)* a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État membre, ou *b)* est ressortissant d'un État membre ou, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, a son "domicile" sur le territoire de l'un de ces États membres, ne peut être attrait devant les juridictions d'un autre État membre qu'en vertu des articles 3, 4 et 5 ».

Cet article 6 prévoit une règle selon laquelle les défendeurs protégés ne peuvent pas être attraits devant les juridictions d'un État membre en vertu du droit national des États. Implicitement, les règles de droit commun sont donc exclues.

En d'autres termes, les articles 3 à 5 du règlement Bruxelles II *bis* ont un caractère exclusif. Il n'est donc possible de revenir au droit commun français que si aucune de ces règles ne donne compétence au juge d'un État membre. Il s'agit de la compétence subsidiaire du droit commun français.

Par ailleurs, l'article 7 du règlement Bruxelles II *bis* prévoit que :

« 1. Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 3, 4 et 5, la compétence est, dans chaque État membre, réglée par la loi de cet État.

2. Tout ressortissant d'un État membre qui a sa résidence habituelle sur le territoire d'un autre État membre peut, comme les nationaux de cet État, y invoquer les règles de compétence applicables dans cet État contre un défendeur qui n'a pas sa résidence habituelle dans un État membre et qui ou bien n'a pas la nationalité d'un État membre ou, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, n'a pas son "domicile" sur le territoire de l'un de ces États membres ».

(385) Ainsi, selon les chiffres publiés par le ministère de la Justice, seules 566 conversions de séparation de corps en divorce, sur un total de 124 645 ruptures d'union, ont été prononcées par les juridictions françaises en 2015.

Exemple

X, de nationalité suisse, et Y, de nationalité franco-suisse, se sont mariés en Suisse où ils résident dans deux cantons différents. Ils sont propriétaires de biens immobiliers situés en France et en Suisse, acquis pendant le mariage. X souhaite divorcer. Il dépose une requête en divorce devant le juge français le 15 septembre 2017. À l'occasion d'une visite en France, Y ayant reçu l'assignation, consulte son notaire le 24 novembre 2017 et l'interroge sur la compétence de la juridiction saisie.
Le notaire vérifie dans un premier temps que les trois champs d'application du règlement Bruxelles II *bis* sont réunis (il s'agit bien d'une demande en divorce après le 1er mars 2005 mettant en cause un époux de nationalité française, la France étant un État membre). Il en conclura donc à son applicabilité.
Le notaire devra alors examiner les articles 3 à 5 du règlement afin de déterminer si, au vu de ces règles de compétence générale, le juge français (juridiction d'un État membre) pouvait être valablement saisi.
La réponse est en l'espèce négative, aucun des chefs de compétence de l'article 3 n'étant satisfait. Il convient de signaler en outre que cet article ne donne compétence, dans le cas présent, à aucun autre juge d'un État membre (la Suisse étant pour rappel un État tiers).
De plus, s'agissant d'un divorce et non d'une demande reconventionnelle ou d'une conversion de séparation de corps en divorce, les articles 4 et 5 du règlement ne permettent pas de fonder la compétence d'un juge d'un État membre.
Il est donc impératif de s'assurer si Y est un défendeur protégé au sens de l'article 6 du règlement.
En l'espèce, ayant la double nationalité, dont la nationalité française, Y bénéficie du statut de « défendeur protégé » dont dispose l'article 6 du règlement.
Dès lors, Y ne peut être attrait que devant les tribunaux de l'État faisant de lui un défendeur protégé : en l'occurrence l'ordre juridique français.
Enfin, afin de déterminer la juridiction compétente au sein de cet ordre, il convient d'appliquer les règles de droit commun français.
NB : Le juge suisse pourrait également être fondé à reconnaître sa compétence en vertu des règles de droit international privé suisse, ce qui pourrait en cas de saisine de la juridiction suisse par Y aboutir à un cas de litispendance.

3288 Dans l'hypothèse où il y a lieu de revenir à l'application du droit commun français, diverses dispositions sont potentiellement applicables.

En matière de divorce, les articles 14 et 15 du Code civil sont d'application résiduelle. Ils n'ont en effet vocation à s'appliquer que si l'article 1070 du Code de procédure civile ne permet pas d'aboutir à la compétence d'une juridiction française. Ces règles françaises peuvent être étendues aux litiges internationaux en vertu des jurisprudences *Pelassa* et *Scheffel* précitées.

L'article 1070 du Code de procédure civile dispose que : « Le juge aux affaires familiales territorialement compétent est :
- le juge du lieu où se trouve la résidence de la famille ;
- si les parents vivent séparément, le juge du lieu de résidence du parent avec lequel résident habituellement les enfants mineurs en cas d'exercice en commun de l'autorité parentale, ou du lieu de résidence du parent qui exerce seul cette autorité ;
- dans les autres cas, le juge du lieu où réside celui qui n'a pas pris l'initiative de la procédure.

En cas de demande conjointe, le juge compétent est, selon le choix des parties, celui du lieu où réside l'une ou l'autre ».

Il convient de vérifier ces critères un à un. Si cet article ne permet pas de désigner le juge français comme compétent, les privilèges de juridiction prévus aux articles 14 (386) et 15 (387) du Code civil peuvent justifier la compétence du juge français si soit le demandeur soit le défendeur a la nationalité française.

Section II Les stratégies contentieuses

3289 Lorsque deux époux de nationalité différente, ou demeurant dans un pays différent de leur nationalité, divorcent en Europe, il faut se poser la question du tribunal compétent.

Comme il a été indiqué dans la première section, le règlement Bruxelles II *bis* organise une compétence alternative : ainsi les juges de plusieurs États membres pourront-ils être compétents.

Compte tenu de cette pluralité de compétences, est né le *forum shopping* (388) qui est, pour le futur divorcé, la possibilité de choisir le pays dont la législation lui sera la plus favorable ou dont il pense que le juge rendra une décision la plus conforme à ses intérêts.

Bien entendu le choix de la juridiction n'est pas le seul élément pouvant entrer en confédération.

En effet, il faut aussi envisager quelles seront les lois qui seront appliquées par le tribunal choisi :

- s'agissant des causes du divorce, le juge d'un État membre appliquera le règlement Rome III s'il fait partie des dix-sept États liés par ce règlement (389) ;
- s'agissant des effets pécuniaires du divorce, le juge appliquera le règlement « Aliments » du 18 décembre 2008.

Au-delà de l'application des textes, le juge va rendre une décision en fonction de sa propre tradition juridique.

3290 **– Cas particuliers des divorces « Thalys ». –** Les époux français qui résident en Belgique peuvent, au choix, saisir la juridiction française ou la juridiction belge pour statuer sur leur divorce, en vertu du règlement Bruxelles II *bis*. À défaut d'option pour la loi française, la loi applicable aux causes de leur divorce sera la loi belge, loi de la résidence commune désignée par le règlement Rome III.

Les obligations alimentaires sont également soumises à la loi belge, loi de la résidence habituelle du créancier d'aliments.

Il y a lieu de rechercher en droit belge les modalités de versements entre les ex-époux : en Belgique, il n'existe pas de prestation compensatoire. Cependant, l'un des époux peut être tenu de verser une pension alimentaire à celui qui se trouve dans une situation économique inférieure et qui est en situation de besoin. Celui-ci doit par ailleurs établir que sa situation

(386) C. civ., art. 14 : « L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français ».

(387) C. civ., art. 15 : « Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger ».

(388) L'expression britannique *forum shopping* (en français « course aux tribunaux ») est un concept propre au droit international privé. Une personne intentant une action en justice pourrait être tentée de choisir le tribunal en fonction de la loi qu'il devra appliquer. En effet, le demandeur pourrait choisir une juridiction dont les règles de conflit de lois aboutiraient à l'application d'une loi matérielle plus favorable à ses intérêts.

(389) V. *infra*, Chapitre II.

est la conséquence d'une décision commune des époux et que les circonstances qui y ont conduit persistent au jour où il formule sa demande. Il doit par ailleurs démontrer que ce sont les besoins de la famille qui sont à l'origine de la décision commune. Contrairement à la prestation compensatoire du droit français, la pension alimentaire post-divorce du droit belge n'a pas pour vocation de compenser la disparité de situation des époux, mais la couverture de l'état de besoin. Elle ne peut, en vertu de l'article 301, alinéa 2 du Code civil belge, excéder le tiers des revenus de l'époux débiteur ni la durée du mariage, sauf circonstances exceptionnelles.

Ainsi un époux plus fortuné pourra-t-il avoir intérêt à saisir la juridiction belge qui connaît mieux la législation belge et qui en fera une exacte application. À l'inverse, l'époux le moins fortuné peut avoir intérêt à saisir une juridiction française, ne serait-ce que pour bénéficier de mesures provisoires plus avantageuses et espérer que le juge français fera une application plus généreuse du droit belge.

Reste donc à déterminer qui a intérêt en premier de saisir un juge et de prendre éventuellement le premier *Thalys* pour le faire...

– Cas particulier du divorce « Eurostar ». – De l'autre côté de la Manche, les différences peuvent être encore plus importantes.

Un couple de Français expatriés en Angleterre aura le choix, en vertu du règlement Bruxelles II *bis*, de saisir les juridictions françaises ou anglaises qui rendront des décisions sensiblement différentes.

Tout d'abord, le juge anglais n'est pas nécessairement tenu de reconnaître un contrat de mariage conclu en France. Partant, il n'est pas nécessairement tenu de reconnaître le régime matrimonial choisi (390).

Ensuite, les conséquences financières de la séparation sont différentes s'agissant de la prestation compensatoire qui a pour objet de compenser la disparité engendrée par la rupture du mariage dans les conditions de vie respectives des époux.

En France, les juges la déterminent au regard des besoins du créancier et des ressources du débiteur et ils allouent une prestation compensatoire destinée à compenser les disparités existantes. Ils tiennent notamment compte de la situation présente et future des époux, de leur situation personnelle et professionnelle, de leurs revenus, leur patrimoine, ou encore des charges qu'ils supportent. La prestation prend généralement la forme d'un capital et seulement exceptionnellement celle d'une rente.

En Angleterre, en règle générale les juges sont plus généreux dans la détermination du montant de la prestation compensatoire. Pour eux, le critère déterminant lors de la fixation de la prestation est celui de l'équité (*fairness*). Le système anglais est l'un des plus favorables au monde en ce qui concerne l'époux le moins fortuné. Plusieurs facteurs permettent d'expliquer cette situation : le juge anglais ne tient en principe pas compte des contrats de mariage qui ont pu être signés, et par conséquent n'est pas lié par le régime matrimonial des époux. De plus, il prend en compte tous les biens détenus par les époux, incluant ceux qu'ils détenaient avant le mariage, ainsi que les biens dont chaque époux hérite. Il accorde aussi de manière régulière des rentes viagères.

William Healing, avocat spécialiste du droit de la famille au cabinet Kingsley Napley, considère que « saisir Londres pour divorcer, c'est le jackpot pour l'époux le plus faible, le

(390) Toutefois, dans l'arrêt *Radmacher* c/ *Granatino*, le juge anglais a appliqué un contrat de mariage lors de cette affaire de divorce opposant une Allemande à un Français qui avait conclu un contrat de mariage (V. *infra*, n° 3201).

plus souvent la femme. La juridiction anglaise est très généreuse et laisse une vaste marge de manœuvre au juge ». Selon lui, même les accords prénuptiaux signés au Royaume-Uni peuvent être contournés par le juge et une jurisprudence *White versus White* de 2000 a établi le principe de la répartition à parts égales d'une fortune amassée durant des années d'union.

Pour l'époux le moins fortuné, et si les époux sont mariés sous le régime de la séparation des biens, il est donc souvent plus intéressant de saisir la juridiction anglaise. D'où la course à la saisine du juge.

CHAPITRE II Les conflits de lois en matière de divorce

3291 Une fois le conflit de juridictions résolu et par suite le juge compétent identifié, il reste à déterminer quelle loi ce dernier aura à appliquer : c'est la question, cette fois, de la solution du conflit de lois. Or c'est le règlement Rome III qui constitue la règle de conflit de lois applicable depuis le 21 juin 2012 (391) si la juridiction saisie est celle d'un État membre lié par ce règlement (392).

Il est d'application universelle, ce qui signifie que la loi désignée par le règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre signataire.

Il innove en permettant aux couples internationaux (393) de choisir la loi applicable à leur divorce et précise la loi applicable à défaut de choix par les conjoints.

En ce qui concerne son domaine matériel, le règlement « s'applique dans les situations impliquant un conflit de lois, au divorce et à la séparation de corps ».

Le règlement Rome III s'applique au seul principe du divorce, mais ne régit pas ses diverses conséquences : il est limité à la détermination des causes de divorce et de la séparation de corps (394).

Sont notamment exclus du champ d'application du règlement : le nom des époux, la responsabilité parentale, la liquidation du régime matrimonial et les obligations alimentaires. Ces questions ne seront pas abordées dans la présente section.

De même la procédure de divorce est exclue et relève de la seule loi du *for*, c'est-à-dire de la loi du juge saisi.

Section I L'autonomie de la volonté en matière de divorce

3292 Plusieurs raisons peuvent conduire les époux à effectuer un choix de loi, notamment pour anticiper la loi qui sera applicable à leur divorce.

(391) Cons. UE, règl. (UE) n° 1259/2010, 20 déc. 2010, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps : *JOUE* n° L 3434/11, 29 déc. 2010.

(392) Sont liés par cette coopération renforcée dix-sept États : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, l'Espagne, la France, l'Estonie, la Grèce, la Hongrie, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, le Portugal, la Roumanie et la Slovénie.

(393) Selon M. Revillard (*Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 9e éd. 2018, § 228, p. 139), les règles de conflit prévues par le règlement devraient concerner les couples internationaux, quelle que soit leur nationalité, ayant leur résidence dans un État membre participant à la coopération renforcée ou aux couples ressortissants nationaux d'un État membre participant à la coopération renforcée même résidant dans un pays autre que leur pays d'origine.

(394) C'est-à-dire à quelles conditions et sur quel fondement le divorce ou la séparation de corps peuvent être demandés (Règl. n° 1259/2010, consid. 10).

§ I Les modalités du choix

3293 L'article 5 du règlement Rome III permet aux époux de choisir, par convention, la loi applicable à leur divorce parmi plusieurs options exposées dans le règlement. Plus précisément, il prévoit des critères alternatifs.

Les époux peuvent choisir l'une des lois suivantes :

a) « la loi de l'État de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention ; ou

b) la loi de l'État de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention ; ou

c) la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention ; ou

d) la loi du for ».

Les époux peuvent donc d'un commun accord choisir la loi applicable à leur divorce ou séparation de corps, pour autant qu'il s'agisse de l'une des lois visées à l'article 5.

Ce choix peut intervenir au plus tard lors de la saisine de la juridiction et même en cours d'instance si la loi du *for* l'autorise (395).

La convention portant désignation de loi applicable peut donc être établie au moment du mariage, par exemple dans le contrat de mariage, et peut être modifiée par la suite.

Le rôle du notaire apparaît important quant à la validité de ce choix de loi.

D'abord le consentement des époux doit être éclairé (396).

Ensuite, en la forme, l'article 7, § 1 prévoit que : « La convention visée à l'article 5, paragraphes 1 et 2, est formulée par écrit, datée et signée par les deux époux. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite ».

Il s'agit de règles *a minima*. En effet, si au moment de la conclusion de la convention, les époux ont leur résidence habituelle dans un État membre participant qui prévoit des règles formelles supplémentaires pour ce type de convention, celles-ci devront être respectées (397).

Au surplus, l'article 7 prévoit que si, au moment de la conclusion de la convention, les époux ont leur résidence habituelle dans des États membres différents et si les lois de ces États prévoient des règles formelles différentes, la convention est valable quant à la forme si elle satisfait aux conditions fixées par la loi de l'un de ces pays.

(395) Cela ne sera pas possible devant une juridiction française, le droit français n'admettant pas les accords procéduraux en matière de droits indisponibles.

(396) À cet égard, le considérant 18 du règlement est intéressant en ce qu'il précise que : « Le choix éclairé des deux conjoints est un principe essentiel du présent règlement. Chaque époux devrait savoir exactement quelles sont les conséquences juridiques et sociales du choix de la loi applicable. La possibilité de choisir d'un commun accord la loi applicable devrait être sans préjudice des droits et de l'égalité des chances des deux époux. À cet égard, les juges des États membres participants devraient être conscients de l'importance d'un choix éclairé des deux époux concernant les conséquences juridiques de la convention conclue sur le choix de la loi ».

(397) Règl. nº 1259/2010, art. 7 : « 2. Toutefois, si la loi de l'État membre participant dans lequel les deux époux ont leur résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention prévoit des règles formelles supplémentaires pour ce type de convention, ces règles s'appliquent ».

Et si, au moment de la conclusion de la convention, seul l'un des époux a sa résidence habituelle dans un État membre participant et si cet État prévoit des règles formelles supplémentaires pour ce type de convention, ces règles s'appliquent.

Il convient donc de s'assurer que l'ensemble des règles formelles exigées par les différentes législations qui ont vocation à s'appliquer a été respecté. Faute de quoi, le choix de loi peut ne pas être valable quant à la forme.

Les États participants restent donc libres d'imposer des exigences formelles particulières dans la rédaction de la convention : à ce jour la France n'en a prescrit aucune et la forme authentique n'est pas exigée par le droit français.

Le principe de l'autonomie de la volonté imprégnant désormais largement le droit de la famille, c'est sans doute lorsque les époux choisiront la loi applicable à leur régime matrimonial que le notaire devra leur apporter conseil quant au choix de loi susceptible de régir la désunion (mais aussi la loi applicable à la succession, aux obligations alimentaires, etc.).

Il faut souligner que le choix de loi a une portée limitée. En effet, il ne porte que sur la dissolution du lien conjugal (causes du divorce) et ne vise pas ses conséquences patrimoniales expressément exclues.

§ II L'intérêt du choix

3294 Même entre les États membres participants, il n'existe pas une équivalence des lois en matière de divorce. Les époux peuvent donc avoir intérêt à choisir la loi applicable à leur divorce et ce choix peut être guidé par différentes considérations.

Les époux peuvent, par exemple, choisir leur loi nationale commune qu'ils estiment être la plus appropriée à leur relation matrimoniale : tel pourra être le cas lorsque les époux sont issus d'un système de droit confessionnel.

Mais, le plus souvent, les époux choisiront une loi en fonction de sa teneur selon que la loi choisie autorise plus ou moins facilement le divorce. S'agissant du divorce sans juge de droit français, il sera même indispensable, en présence d'un élément d'extranéité, de choisir expressément la loi française (398).

La difficulté sera l'accès au droit étranger. Le choix de loi applicable suppose, en effet, que les époux soient informés de la teneur des différentes lois qui s'offrent à eux en vertu de l'article 5 du règlement.

Le notaire ignore le plus souvent le contenu du droit étranger : il devra inviter les époux à faire effectuer des recherches par un juriste et ne pas hésiter à énumérer les diligences accomplies.

L'article 17 du règlement précise qu'« afin de garantir cet accès à des informations appropriées et de qualité, la Commission met ces dernières régulièrement à jour dans le système public d'information fondé sur l'internet (...) » (399). Les informations fournies par ce site se limitent aux seuls États membres.

Lorsque la législation choisie est celle d'un État tiers ou d'un État membre non signataire de Rome III, il paraît nécessaire de vérifier si cette législation accepte un choix de loi en matière de divorce. Faute de disposer d'infirmations précises sur cette question, le notaire a donc

(398) V. *infra*, Sous-titre II, Le divorce conventionnel.
(399) V. le site : Le portail e-Justice européen – action en justice – droit de la famille – divorce : https://e-justice.europa.eu/

intérêt à recueillir les informations nécessaires et d'annexer éventuellement à l'acte de choix de loi un certificat de coutume ou une *legal opinion.*

Section II La loi applicable à défaut de choix

3295 La loi applicable à la séparation de corps ou au divorce est désignée par le règlement Rome III. Mais son champ d'application étant limité, la règle de conflit contenue à l'article 309 du Code civil n'est pas caduque. Il convient donc étudier successivement l'article 309 du Code civil **(§ I)** et le règlement Rome III **(§ II)**.

§ I L'article 309 du Code civil

3296 Avant le règlement Rome III, la loi applicable au divorce était déterminée par l'article 309 du Code civil.

Cette disposition prévoit une compétence de la loi française dans trois cas :
- lorsque les époux sont tous deux Français, qu'ils soient domiciliés en France ou à l'étranger ;
- lorsque les époux ont en France un domicile commun ou séparé (quelle que soit leur nationalité) ;
- lorsqu'aucune loi étrangère ne se reconnaît compétente alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps.

L'article 309 du Code civil n'avait pas précisé à quel moment les rattachements à la nationalité française ou au domicile des époux en France devaient être appréciés pour conduire à l'application de la loi française. La Cour de cassation (400) a précisé que c'est au jour du dépôt de la requête en divorce qu'il y avait lieu de tenir compte de la situation des époux.

L'article 309 du Code civil a vu son champ d'application progressivement diminuer, d'abord par l'effet de conventions bilatérales, puis par l'adoption du règlement Rome III, applicable aux actions introduites depuis le 21 juin 2012.

Toutefois, le champ d'application du règlement est limité aux causes du divorce. Ainsi la question de savoir si des époux peuvent divorcer par simple accord entre eux relèvera de la loi désignée par le règlement Rome III, mais les conséquences de ce divorce seront régies par la loi désignée par d'autres règles légales de conflit de lois.

L'article 309 du Code civil s'applique pour déterminer la loi applicable aux questions telles que :
- le nom des époux ;
- les dommages et intérêts qui peuvent être demandés par l'époux en réparation des conséquences qu'il subit du fait de la dissolution du mariage.

§ II Le règlement Rome III

3297 En l'absence de choix, l'article 8 du règlement Rome III institue une règle de rattachement hiérarchisée. Les critères de rattachement ont été choisis de façon à ce que la procédure de divorce soit régie par une loi avec laquelle les époux ont des liens les plus étroits.

(400) Cass. 1re civ., 8 juill. 2010, nº 09-66.186 : *Bull. civ.* 2010, I, nº 165.

L'article 8 du règlement dispose :

« À défaut de choix conformément à l'article 5, le divorce et la séparation de corps sont soumis à la loi de l'État :

a) de la résidence habituelle des époux au moment de la saisine de la juridiction; ou, à défaut,

b) de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que cette résidence n'ait pas pris fin plus d'un an avant la saisine de la juridiction et que l'un des époux réside encore dans cet État au moment de la saisine de la juridiction; ou, à défaut,

c) de la nationalité des deux époux au moment de la saisine de la juridiction; ou, à défaut,

d) dont la juridiction est saisie ».

Le principal critère retenu est celui de la résidence principale des époux ou de l'un d'eux : ainsi le plus souvent la juridiction compétente appliquera sa propre loi. Les difficultés liées à l'application d'une loi étrangère seront donc rares.

Section III Mise en œuvre de la règle de rattachement

Le règlement Rome III prévoit plusieurs dispositions. **3298**

Le renvoi est expressément exclu aux termes de l'article 11 du règlement (401).

Il est donc fait application des règles matérielles de la loi applicable et non de ses règles de droit international privé.

Selon l'article 10 du règlement (402), la loi du *for*, c'est-à-dire la loi de la juridiction saisie s'appliquera aux lieu et place de la loi normalement applicable si celle-ci :

- ne permet pas aux époux d'obtenir le divorce.
  Il est donc interdit aux époux, même par une volonté dictée par exemple par des convictions religieuses, de choisir une loi qui rendrait leur mariage indissoluble et qui n'autorise qu'un simple relâchement par séparation de corps ;
- est discriminatoire en ce sens qu'elle porte atteinte à l'égal accès des époux au divorce, en raison du sexe de l'un d'eux.

Cette exclusion répond aux craintes exprimées par certains États de voir la *charia* s'appliquer au divorce, notamment par choix des époux. Ainsi une loi étrangère qui admettrait la répudiation serait d'office écartée.

L'article 12 du règlement concerne l'ordre public (403). Une loi prohibant le divorce ou rendant son accès discriminatoire sur des motifs liés à la religion, la race ou le sexe serait écartée. Cette exception ne devrait plus guère avoir à jouer compte tenu du filtre préalable de l'article 10 susvisé.

(401) Art. 11 : « Exclusion du renvoi. Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un État, il entend les règles de droit en vigueur dans cet État à l'exclusion de ses règles de droit international privé ».

(402) Art. 10 : « Application de la loi du for. Lorsque la loi applicable en vertu des articles 5 ou 8 ne prévoit pas le divorce ou n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps, la loi du for s'applique ».

(403) Art. 12 : « Ordre public. L'application d'une disposition de la loi désignée en vertu du présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for ».

L'article 13 du règlement vise les situations résultant des différences dans le droit national (404).

Ainsi, le juge d'un État qui ne connaît pas le mariage homosexuel n'est pas tenu de prononcer le divorce d'un couple de même sexe valablement marié dans un autre pays.

Les articles 14 et 15 du règlement envisagent les situations de conflits de lois territoriaux et interpersonnels : ces articles règlent les situations des États dont le droit n'est pas unifié (art. 14) ou celles des États qui connaissent des règles juridiques applicables à diverses catégories de personnes en fonction de leur appartenance religieuse ou ethnique par exemple (art. 15).

3299 Il faut souligner que les règles sur la loi applicable au divorce seront appliquées différemment selon la juridiction saisie :

- s'il s'agit de celle d'un État participant : le règlement s'appliquera quelle que soit la nationalité ou la résidence des époux ;
- s'il s'agit de celle d'un État non participant : le règlement ne s'appliquera pas. Ainsi, une convention de choix de loi conclue par des époux pourrait être inefficace. En pratique, le notaire rédacteur d'une telle convention devra informer les époux de la nécessité de saisir une juridiction d'un État membre participant pour que leur choix soit respecté.

Il faut rappeler que le règlement Rome III régit essentiellement les règles relatives aux causes du divorce et non ses conséquences personnelles et pécuniaires. Or très souvent les conflits entre les époux s'élèvent sur les effets du divorce et non sur leurs causes. Le règlement Rome III ne mettra pas fin à la « course aux tribunaux » : un époux pourra toujours être amené à saisir un tribunal susceptible de rendre une décision plus conforme à ses intérêts pécuniaires.

SOUS-TITRE II

Le divorce conventionnel

3300 La loi de modernisation de la justice du XXIe siècle du 1er novembre 2016 a introduit dans le droit français le « divorce sans juge ». Plusieurs arguments ont été invoqués pour justifier l'introduction de ce nouveau divorce : la nécessité d'alléger la charge des tribunaux, mais aussi la prise en compte de l'autonomie de la volonté des époux.

Ainsi, depuis le 1er janvier 2017, a été introduit dans le Code civil français un nouvel article 229-1 qui prévoit que : « Lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils constatent, assistés chacun par un avocat, leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et établi dans les conditions prévues à l'article 1374 ».

Cette réforme est historique : lorsque les époux conviennent d'un accord global, la convention de divorce n'est plus examinée ni homologuée par un magistrat français. L'accord est seulement signé par les époux et leurs avocats puis enregistré par un notaire qui lui confère un caractère exécutoire.

(404) Art. 13 : « Différences dans le droit national. Aucune disposition du présent règlement n'oblige les juridictions d'un État membre participant dont la loi ne prévoit pas le divorce ou ne considère pas le mariage en question comme valable aux fins de la procédure de divorce à prononcer un divorce en application du présent règlement ».

Le divorce sans juge existe dans d'autres pays. Ainsi dans les pays latino-américains, le divorce notarial existe à Cuba depuis 1994, puis a été instauré dans les années 2000 en Colombie, en Équateur, au Brésil et au Pérou. En Europe, des formes de divorce sans juge, administratif ou devant l'officier d'état civil ou devant notaire existent dans divers pays (405). **3301**

Toutefois, ces formes de divorce non judiciaires sont différentes du nouveau divorce français, et ce à deux égards. En premier lieu, même en l'absence d'intervention du juge, les droits étrangers prévoient en général l'intervention d'une autre autorité pour prononcer le divorce (religieuse, administrative ou notariale). En second lieu, la voie du divorce non judiciaire n'est en principe ouverte qu'en l'absence d'enfants mineurs.

En droit français, ces deux limites n'existent pas : le divorce n'est prononcé par aucune autorité, mais seulement enregistré par le notaire ; et il est possible même en présence d'un enfant mineur.

La loi du 18 novembre 2016 a méconnu les aspects de droit international privé. La loi elle-même ne contient aucune référence aux règles de compétence internationales du notaire ni aucune mention des règles de conflit de lois. Le décret d'application du 28 décembre 2016 prévoit quelques dispositions relatives à certains aspects extrapatrimoniaux. C'est surtout la circulaire du 26 janvier 2017 qui contient diverses dispositions de droit international privé. **3302**

Cette circulaire laisse toutefois de nombreux problèmes en suspens : elle ne prévoit aucune règle de compétence territoriale, ni interne ni internationale. S'agissant de la loi applicable au divorce, elle soumet ce nouveau divorce au règlement Rome III dont l'application s'avère complexe. La circulation de ce nouveau divorce va également poser difficulté **(Sous-titre III)**.

Une plainte contre la France a été déposée auprès de la Commission européenne le 19 avril 2017 (406) pour violation du droit de l'Union européenne à la suite de la réforme du divorce sur quatre points : violation des règles de compétence directe européenne, impossibilité de circulation des actes de divorce conventionnel dans l'Union européenne, silence de la loi sur la loi applicable au divorce, violation des droits fondamentaux de l'enfant.

CHAPITRE I La compétence territoriale du notaire

La nouvelle loi n'a prévu aucune règle de compétence territoriale. Il semble toutefois prudent de respecter les règles prévues par le règlement Bruxelles II *bis*, et ce en cas de saisine ultérieure du juge. **3303**

Section I Absence de règles de compétence territoriale du notaire

Le divorce sans juge est un divorce dans lequel aucune juridiction n'intervient. Le législateur français n'a prévu aucune règle de compétence territoriale tant pour les avocats que pour le notaire amené à intervenir. **3304**

(405) M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 9e éd. 2018, § 276 : ces formes de divorce ont été introduites au Portugal dès 1995, au Danemark et en Norvège, en Russie, Ukraine, Lituanie, Estonie, Roumanie, en 2015 en Espagne et en Italie.

(406) Déposée par le professeur Cyril Nourissat et quatre avocats, Alexandre Boiché, Delphine Eskenazi, Alice Meier-Bourdeau et Grégory Thuan Dit Dieudonné.

La fiche 6 de la circulaire du 26 janvier 2017 précise que le notaire n'est assujetti à aucune règle de compétence territoriale et a vocation à recevoir tout acte émanant de parties françaises ou étrangères, domiciliées en France ou à l'étranger dès lors que le droit français s'applique à leur divorce (407).

Aucun lien n'est exigé entre le couple et l'ordre juridique français. Ainsi ce divorce est ouvert à tout couple même s'il ne présente et n'a jamais présenté aucun lien avec la France. Un notaire français pourrait donc en principe être amené à enregistrer une convention de divorce entre deux époux de nationalité étrangère, résidant à l'étranger et n'ayant aucun bien en France. Une grande liberté s'ouvre donc aux époux qu'il faudra limiter lorsqu'il sera question de la loi applicable au divorce et de la circulation de la décision.

3305 La question se pose de savoir si cette ouverture totale prévue par la loi française est ou non compatible avec les règles européennes relatives au divorce. La réponse dépend de la nature que l'on retient de ce type de divorce : si le notaire pouvait être assimilé à une « autorité » prononçant le divorce, celui-ci pourrait entrer dans le champ d'application des règlements européens. Mais, dans la réalité, le notaire se contente d'un simple contrôle formel, sans aucune fonction décisionnelle.

Il faut en conclure que le divorce conventionnel ne rentre pas dans le champ d'application des différents règlements européens, soit : Bruxelles II *bis* pour le principe du divorce et la responsabilité parentale ; le règlement « Aliments » pour les prestations alimentaires après divorce ; le règlement « Régimes matrimoniaux » pour la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux.

En effet, ces instruments européens supposent l'intervention d'une autorité intervenant au nom de l'État.

3306 Cette procédure de divorce simplifiée soulève des difficultés pratiques :
- la langue de la rédaction de la convention : la convention et ses annexes peuvent être établies en langue étrangère (408) ;
- l'envoi de la lettre recommandée : lorsque l'un des époux a sa résidence à l'étranger, cet envoi peut ne pas pouvoir être réalisé. Compte tenu des termes de l'article 229-4 du Code civil, il ne semble pas possible de recourir à une lettre recommandée électronique.

Si la convention doit être déposée au rang des minutes d'un notaire, la loi n'exige pas qu'il s'agisse d'un notaire français. Toutefois, il paraît peu probable que la convention prenne date certaine et force exécutoire dans un État étranger. Selon l'article 8 du décret du 28 décembre 2016, les agents diplomatiques français en poste à l'étranger ne sont pas compétents pour recevoir l'acte de dépôt.

(407) Conformément aux termes de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat, les notaires ne sont pas assujettis à des règles de compétence internes. En outre, les règles de compétence du règlement (CE) nº 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ne concernent que les juridictions appelées à rendre une décision. Or, dans la nouvelle procédure de divorce par consentement mutuel, les notaires doivent, après un contrôle formel, déposer au rang de leurs minutes la convention constituant l'accord des époux et ils ne rendent de ce fait aucune décision, de sorte qu'ils ne sont pas des juridictions au sens de ce règlement. Par conséquent, les notaires, qui ne sont pas assujettis à des règles de compétence, ont vocation à recevoir tout acte, émanant de parties françaises comme étrangères, qu'elles soient domiciliées en France ou à l'étranger dès lors que le droit français s'applique à leur divorce, sans préjudice des effets que les règles de droit international privé applicables aux parties, à raison de leur nationalité par exemple, pourraient entraîner dans un autre État, en termes de reconnaissance du divorce et de ses conséquences notamment. Enfin, l'article 8 du décret du 28 décembre 2016 a expressément exclu les fonctions notariales des agents consulaires du dispositif. Ces derniers ne peuvent donc procéder au dépôt de la convention de divorce.

(408) D. 28 déc. 2016.

Section II Rétablissement des règles de compétence en cas de saisine du juge

3307 Le divorce conventionnel se déroule sans l'intervention d'une autorité judiciaire. Si un contentieux apparaît lors du divorce ou de l'après-divorce, il nécessitera la saisine du juge qui devra alors asseoir sa compétence sur les règles applicables en la matière.

Ce retour au juge peut apparaître par exemple lors de la présence d'un enfant mineur qui demanderait son audition (409) lors du divorce.

Dans ce cas, le juge aux affaires familiales devra vérifier au préalable sa compétence sur le fondement du règlement Bruxelles II *bis*.

Un contentieux pourrait aussi apparaître après le prononcé du divorce.

Les époux pourraient tout d'abord solliciter une révision de la prestation compensatoire. La loi du 28 novembre 2016 n'ayant pas envisagé de modification conventionnelle, celle-ci sera nécessairement judiciaire. Il conviendra de saisir le juge compétent au regard des règlements européens : si celui-ci ne connaît que le divorce judiciaire, il pourra ne pas être enclin à respecter la convention des époux et son équilibre.

Les époux pourraient ensuite contester la convention elle-même, notamment pour vice du consentement. À la différence de la convention homologuée lors du divorce par consentement mutuel, la convention de divorce sans juge peut être remise en cause. On peut se demander quel sera le juge compétent pour connaître de la validité ou de la nullité de la convention.

Si le divorce conventionnel permet donc en principe de s'affranchir des règles de compétence territoriales, elle ne dispense pas de déterminer la loi applicable au divorce.

CHAPITRE II La loi applicable au divorce conventionnel

3308 La question de la loi applicable au divorce conventionnel n'a été abordée ni par la loi du 18 novembre 2016 ni par son décret d'application. C'est uniquement la circulaire du 26 janvier 2017 qui s'en est préoccupée. La fiche 4 de la circulaire précise qu'il revient aux époux et à leurs avocats, lorsque la situation présente un élément d'extranéité, de vérifier que le divorce relève bien de la loi française et de la mentionner expressément dans la convention (410).

(409) C. civ., art. 247 : « Les époux peuvent, à tout moment de la procédure : (...) 2° Dans le cas prévu au 1° de l'article 229-2, demander au juge de constater leur accord pour voir prononcer le divorce par consentement mutuel en lui présentant une convention réglant les conséquences de celui-ci ».

(410) Circ. 26 févr. 2017, fiche 4 : « Il revient aux époux et à leurs avocats, lorsque la situation présente un élément d'extranéité résultant de la situation familiale (nationalité étrangère d'un des époux, résidence habituelle d'un époux ou de l'enfant à l'étranger, mariage célébré à l'étranger...) ou résultant de la convention (mise en œuvre d'un droit de visite transfrontière par exemple), de vérifier que leur 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 cas échéant (modalités d'exercice de l'autorité parentale hors pension alimentaire, contribution à l'éducation et à l'entretien des enfants, prestation compensatoire, liquidation du régime matrimonial...) puisque les règles de droit international privé applicables sont différentes selon la matière considérée ».

Le divorce est un droit indisponible : rechercher la règle de conflit de lois est donc obligatoire. Tant le notaire que l'avocat doivent vérifier que la loi française est applicable.

La recherche de la loi applicable aux causes du divorce s'opère en appliquant les conventions bilatérales pouvant exister ou le règlement Rome III (411).

La fiche 4 de la circulaire retient trois des critères prévus par le règlement Rome III. La loi française ne peut être choisie que si, au moment de la convention de choix de loi, la France est :
- la résidence habituelle des époux ;
- ou leur dernière résidence habituelle si l'un des époux y réside encore ;
- ou l'État de la nationalité de l'un d'eux.

En revanche la circulaire ne mentionne pas ce qui figurait *in fine* dans le règlement Rome III, c'est-à-dire la possibilité de saisir la loi du *for* : en effet, en l'absence de juge, il n'existe pas de *for*.

On peut alors rencontrer des situations paradoxales : un couple dont aucun des époux ne possède la nationalité française ni de résidence habituelle en France, mais dont l'un d'eux réside en France depuis plus d'un an pourrait saisir un juge français sur le fondement de l'article 3 du règlement Bruxelles II *bis*, mais ne pourrait pas conclure un divorce conventionnel, la loi française ne pouvant pas être choisie.

3309 Une difficulté supplémentaire a surgi suite à un arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 20 décembre 2017 (412).

Dans cette affaire, une juridiction allemande avait demandé à la Cour si un divorce prononcé (par déclaration unilatérale) devant un tribunal religieux syrien pouvait être considéré comme relevant du règlement Rome III. La Cour a relevé que l'interprétation du règlement Rome III devait être cohérente avec celle de Bruxelles II *bis* et que celui-ci ne concernait que des décisions de divorce rendues par une juridiction. Ainsi, au vu de cet arrêt, il n'est pas certain que le divorce conventionnel français relève du règlement Rome III, puisqu'aucune autorité ne prononce le divorce. Toutefois, le Cridon de Lyon (413) considère que l'affaire jugée par la Cour de justice de l'Union européenne n'est pas transposable à notre divorce conventionnel (414).

En tout état de cause, des travaux tendant à la révision du règlement Bruxelles II *bis* sont actuellement en cours et il est probable que ceux-ci seront l'occasion de clarifier l'insertion ou non de ces nouveaux modes de divorce.

(411) Règl. (UE) n° 1259/2010, 20 déc. 2010, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.

(412) CJUE, 20 déc. 2017, *Soha Sahyouni* c/ *Raja Mamisch* : « L'article 1er du règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, doit être interprété en ce sens qu'un divorce résultant d'une déclaration unilatérale d'un des époux devant un tribunal religieux, tel que celui en cause au principal, ne relève pas du champ d'application matériel de ce règlement ».

(413) *Cah. Cridon Lyon* mars 2018, n° spécial, 5e partie, p. 68.

(414) Même s'il est tentant d'assimiler notre divorce extrajudiciaire à un divorce privé en raison du rôle restreint du notaire, dont l'intervention est malgré tout nécessaire pour le rendre exécutoire, il n'est en rien assimilable à la situation en cause.

SOUS-TITRE III

Circulation du divorce : reconnaissance et exécution

Le notaire peut être confronté à deux types de situation. Il peut être amené à exécuter en France un jugement de divorce rendu à l'étranger dans un État membre ou non de l'Union européenne **(Chapitre I)**. Il peut aussi être amené à faire reconnaître à l'étranger le divorce conventionnel dont il aura assuré le dépôt **(Chapitre II)**. **3310**

CHAPITRE I Effets en France des jugements de divorce prononcés à l'étranger

Il convient en premier lieu d'opérer une distinction entre la reconnaissance et la force exécutoire que l'on peut attacher à une décision étrangère. Les deux notions sont parfois confondues, parce qu'elles constituent les deux volets de la question de l'efficacité des décisions étrangères. Pourtant, elles recouvrent des réalités bien distinctes. **3311**

La reconnaissance porte sur l'état de droit résultant de la décision étrangère, et peut concerner des jugements constitutifs ou déclaratifs. L'objet de la reconnaissance est donc l'efficacité substantielle d'un jugement, c'est-à-dire la modification des droits substantiels des parties qui résulte du jugement : la reconnaissance d'un divorce conduit à considérer les ex-époux comme à nouveau célibataires. L'étendue de la reconnaissance est alors fixée par le contenu de la décision étrangère. Au plan procédural, la reconnaissance d'un jugement étranger lui confère l'autorité de la chose jugée.

En revanche, la force exécutoire permet d'obtenir, au besoin, le concours de la force publique pour obtenir l'exécution forcée de la décision. Lorsqu'un jugement est invoqué pour produire des effets coercitifs sur les personnes ou sur les biens, il est alors nécessaire de recourir à une procédure spécifique dite d'*exequatur*. Il s'agit d'une autorisation, donnée par un juge national, d'exécuter sur son territoire un jugement étranger.

En matière d'effet des jugements de divorce prononcés à l'étranger, plusieurs corps de règles peuvent trouver à s'appliquer : **3312**

- soit on se trouve face à une décision de divorce rendue par un juge d'État membre, et dans ce cas, on est soumis au règlement Bruxelles II *bis* ;
- soit on se trouve face à une décision de divorce rendue par un juge d'État avec lequel la France est liée par un accord de coopération, à l'instar du Maroc ou de l'Algérie par exemple, et on applique cette convention ;
- soit on se trouve face à une décision de divorce rendue par un juge d'État avec lequel la France n'est liée par aucune convention internationale : on retombe alors sur le droit commun de la reconnaissance.

Que l'accueil du jugement de divorce étranger soit régi par le règlement Bruxelles II *bis*, une convention bilatérale ou le droit commun, ce jugement bénéficie d'une reconnaissance de plein droit, c'est-à-dire automatique, qui peut être contestée dans le cadre d'une action en

inopposabilité. En outre, dans tous les cas, les dispositions du jugement de divorce susceptibles de donner lieu à des actes d'exécution matérielle doivent, pour devenir exécutoires en France, satisfaire (sauf cas particuliers) à la procédure d'*exequatur*.

Section I Jugement rendu dans un État membre de l'Union européenne

3313 Conformément au principe de confiance mutuelle, le règlement Bruxelles II *bis* organise de façon très libérale la circulation des décisions de divorce et de séparation de corps au sein de l'Union européenne.

§ I Principe de reconnaissance de plein droit

3314 Selon l'article 21 du règlement : « Les décisions rendues dans un État membre sont reconnues dans les autres États membres sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure ».

L'époux muni d'un jugement de divorce émanant d'un État membre est dispensé de toute procédure pour invoquer sa décision dans un autre État membre, hors le cas d'exécution forcée qui sera envisagé ci-après.

En pratique, les jugements rendus à l'étranger produisent en France, sans *exequatur*, sous réserve de leur régularité, divers effets : par exemple les ex-époux peuvent se remarier en France, les juridictions françaises peuvent convertir en divorce une séparation de corps prononcée à l'étranger...

§ II Motifs de non-reconnaissance

3315 Un jugement rendu dans un État membre de l'Union européenne est rarement privé d'effet en France : en effet, le règlement Bruxelles II *bis* pose des contrôles de régularité plus souples qu'en droit commun.

Les seuls motifs de non-reconnaissance sont énumérés à l'article 22 du règlement.

Ainsi une décision ne sera pas reconnue dans les cas suivants :

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.

En matière d'ordre public, il est difficile d'imaginer des cas où la France pourrait l'invoquer : peut-être envers un jugement qui aurait accepté de prononcer le divorce pour des motifs que

la France jugerait contraires à son ordre public international, par exemple pour des motifs confessionnels ou qui portent atteinte à l'égalité homme/femme.

3316 Certains contrôles sont interdits au juge. Le règlement interdit à l'État de réviser la décision au fond (415) et de contrôler la compétence juridictionnelle de l'État d'origine (416).

Le règlement prohibe toute prise en compte de la disparité des lois applicables (417). Ainsi, un État prohibant le divorce ne peut pas en principe opposer son ordre public aux décisions étrangères.

Il peut donc exister une contestation sur la reconnaissance de la décision de divorce. Dans ce cas, l'article 21, § 3, alinéa 1 prévoit que « toute partie intéressée peut demander, selon les procédures prévues à la section II, que soit prise une décision de reconnaissance ou de non-reconnaissance de la décision ». Le régime de l'action en reconnaissance d'une décision de divorce est aligné sur la requête en déclaration de la force exécutoire.

Il existe deux phases : la première phase est non contradictoire ; le demandeur doit simplement produire le certificat prévu par l'article 39 (418), et l'article 31 du règlement prévoit que la personne contre laquelle l'exécution est demandée ne peut présenter d'observations. En revanche, cet article est inapplicable à une demande de non-reconnaissance, qui est contradictoire dès le départ. Dans le cadre d'une action en reconnaissance, la première phase, non contradictoire, peut aboutir à une décision constatant la force exécutoire de la décision de divorce. L'article 33 du règlement autorise alors un recours contre cette décision de constatation de force exécutoire, et c'est seulement à ce stade que la procédure devient contradictoire.

§ III Mention en marge de l'état civil

3317 L'article 21.2 du règlement Bruxelles II *bis* précise : « En particulier, et sans préjudice du paragraphe 3, aucune procédure n'est requise pour la mise à jour des actes d'état civil d'un État membre sur la base d'une décision rendue dans un autre État membre en matière de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage, qui n'est plus susceptible de recours selon la loi de cet État membre ».

L'instruction générale du 29 mars 2002, relative à l'état civil, a tiré les conséquences de cette disposition, et précise que l'officier d'état civil pourra, sans consultation préalable du procureur de la République, apposer les mentions marginales chaque fois que la décision étrangère a été rendue contradictoirement, ou même si elle a été rendue par défaut, lorsque la demande de mention émane du défendeur défaillant (419).

L'officier d'état civil porte cette mention au vu du certificat prévu par l'article 39 du règlement que délivre le juge qui prononce le divorce et dont le modèle est annexé au règlement Bruxelles II *bis*.

(415) Règl. Bruxelles II *bis*, art. 26 : « En aucun cas, une décision ne peut faire l'objet d'une révision au fond ».
(416) *Ibid.*, art. 22 : « Il ne peut être procédé au contrôle de la compétence de la juridiction de l'État membre d'origine ».
(417) *Ibid.*, art. 25 : « La reconnaissance d'une décision ne peut être refusée au motif que la loi de l'État membre requis ne permet pas le divorce, la séparation de corps ou l'annulation du mariage sur la base de faits identiques ».
(418) V. *infra*, nº 3325 sur l'*exequatur*.
(419) Instr. gén. 29 mars 2002, relative à l'état civil : *JO* 28 avr. 2002, nº 100, p. 7719.

§ IV Exécution du jugement en France

3318 Il faut distinguer les différents éléments de la décision de divorce :

A/ Éléments relevant du règlement Bruxelles II *bis*

3319 Certains éléments du jugement de divorce relèvent du règlement Bruxelles II *bis* :
- la dissolution du lien conjugal : cette dissolution ne nécessitant pas d'exécution, le règlement ne comporte aucune disposition en la matière ;
- la responsabilité parentale : la décision ne devient exécutoire dans les autres États membres qu'après avoir été déclarée exécutoire, si elle remplit les conditions de régularité. Il s'agit d'une procédure simplifiée d'*exequatur*. Le juge, saisi sur requête du seul demandeur, statue de façon non contradictoire en vérifiant les conditions de régularité de la décision qui sont les mêmes que celles de la reconnaissance (420) ;
- le droit de visite (421) : l'*exequatur* est remplacé par une procédure de certification. Le juge d'origine atteste dans un certificat visé à l'article 41 du règlement (422) que la décision remplit certaines conditions et en particulier que les parties et l'enfant ont été entendus. Ce certificat donne à la décision une force exécutoire immédiate dans toute l'Union européenne.

B/ Les conséquences pécuniaires

3320 Les éléments de la décision relative aux prestations compensatoires et pensions alimentaires relèvent du règlement sur les obligations alimentaires (423). Il faut alors distinguer deux cas :
- si la décision émane d'un État membre partie au Protocole de La Haye de 2007 (424) : elle est exécutoire de plein droit, le pays d'accueil n'exerçant pas de contrôle de légalité ;
- si la décision émane d'un pays non lié par ce protocole (Royaume-Uni) : il y aura lieu de la déclarer exécutoire lors d'un contrôle purement formel.

Section II Jugement rendu dans un État non membre de l'Union européenne

3321 Lorsque le jugement est rendu dans un État non membre de l'Union européenne, il faut en premier lieu vérifier s'il existe une convention bilatérale qui lie cet État avec la France s'agissant de l'exécution des jugements civils.

Il existe notamment des conventions liant la France avec l'Algérie (425) et avec le Maroc (426).

(420) Règl. Bruxelles II *bis*, art. 28 et s.
(421) *Ibid.*, art. 41.
(422) *Ibid.* : « 2. Le juge d'origine ne délivre le certificat visé au paragraphe 1, en utilisant le formulaire dont le modèle figure à l'annexe III (certificat concernant le droit de visite), que si (...) ».
(423) Règl. nº 4/2009, 18 déc. 2008 ou règlement « Aliments ».
(424) Prot. La Haye, 23 nov. 2007, entré en vigueur le 1er août 2013 dans tous les États membres de l'Union européenne (à l'exception du Danemark et du Royaume-Uni) et liant trente États.
(425) D. nº 65-679, 11 août 1965, portant publication de la convention entre la France et l'Algérie relative à l'*exequatur* et à l'extradition et de l'échange de lettres complétant le protocole judiciaire signé le 27 août 1964.
(426) Conv. franco-marocaine, 5 oct. 1957, sur l'entraide judiciaire et l'*exequatur* des jugements, contenant un titre relatif à l'*exequatur* des décisions en matière civile et commerciale. La question du divorce appartient bien à la matière civile. La convention va donc s'appliquer dès lors que l'on cherchera à faire reconnaître en France une décision de divorce marocaine.

La convention franco-polonaise (427) a cessé de s'appliquer s'agissant des règles de compétence en matière de divorce au profit du règlement Bruxelles II *bis*, et la convention franco-yougoslave (428) devrait continuer à s'appliquer dans les rapports avec les États qui ont succédé à l'ex-Yougoslavie et qui ne sont pas membres de l'Union européenne (429).

À défaut de l'existence de telles conventions, c'est le droit commun qui s'applique.

§ 1 La reconnaissance

3322 Conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation (430), la décision de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage émanant d'un État tiers bénéficie en principe de la reconnaissance de plein droit en France. C'est le principe qui est également retenu par le Conseil d'État : « Les jugements rendus à l'étranger relativement à l'état et à la capacité des personnes produisent leurs effets en France, indépendamment de toute déclaration d'*exequatur*, sauf dans la mesure où ils impliquent des actes d'exécution matérielle sur des biens ou de coercition sur des personnes ». Dans ces conditions, les époux peuvent se remarier, sans qu'il puisse leur être imposé d'avoir, au préalable, obtenu l'*exequatur* de la décision.

Mais si le jugement étranger bénéficie ainsi d'une présomption de régularité internationale, celle-ci est toujours susceptible d'être contestée.

Les causes de refus de reconnaissance d'un jugement rendu dans un État non membre de l'Union européenne sont plus nombreuses en droit commun, les conditions de régularité étant plus sévères. Pour qu'un jugement soit reconnu régulier, il y a lieu de vérifier que les trois conditions suivantes sont cumulativement réunies :

- **la compétence du juge étranger ayant rendu la décision :** le juge étranger doit présenter des liens caractérisés avec la situation et il ne doit pas exister de compétence exclusive des juridictions françaises (431) ;
- **le choix de la juridiction étrangère :** celle-ci ne doit pas avoir été choisie frauduleusement par l'un des époux pour échapper aux conséquences d'un jugement français. La fraude est caractérisée si le demandeur organise un rattachement fictif à un ordre juridique étranger dans le but de rendre ses juridictions compétentes (432).
  Dans le cas où le demandeur a des liens tant avec la France qu'avec l'ordre juridique étranger, la question se pose de savoir si l'option pour la juridiction étrangère (par hypothèse plus favorable pour le demandeur) peut constituer ou non une fraude. L'existence d'une option de compétence est-elle de nature à exclure la fraude ?

(427) 5 avr. 1967.
(428) 18 mai 1971.
(429) C'est le cas de la Bosnie, de la Serbie, du Monténégro et du Kosovo.
(430) Cass. civ., 28 févr. 1860, *Bulkley* : une Anglaise épouse un Hollandais en Hollande et prend la nationalité de son époux. Ils divorcent en Hollande. Revenue en France, la nouvelle divorcée veut se remarier avec un Français. Le ministère public s'y oppose, le jugement étranger n'ayant pas fait l'objet d'une procédure d'*exequatur*. La Cour de cassation considère toutefois que le divorce avait été régulièrement prononcé à l'étranger, il s'agissait juste d'en tirer les effets et notamment la restitution de la liberté matrimoniale permettant le remariage. Pour produire cet effet-là, le jugement étranger n'avait pas besoin d'*exequatur*.
(431) Cass. 1re civ., 23 mai 2006, *Prieur*. La nationalité française de l'un des époux n'est plus de nature à exclure la compétence du juge étranger, auquel le litige se rattache de manière caractérisée.
(432) Pour un exemple : Cass. 1re civ., 2 oct. 1984, *Léonard* c/ *Favreau* : un Français domicilié dans l'État de New York établit une résidence fictive dans les îles Vierges, afin d'y obtenir le prononcé d'un divorce « expéditif » qu'il n'aurait pas pu obtenir en France ou aux États-Unis. La Cour de cassation confirme « que la saisine de cette juridiction incompétente avait été artificielle et frauduleuse » et que le jugement de divorce devait être déclaré non valable.

La Cour de cassation admet la fraude lorsque la juridiction étrangère est saisie dans l'objectif manifeste de faire échec à une saisine antérieure d'une juridiction française (433). Toutefois, il existe très peu de cas dans lesquels la fraude a été admise. En effet, lorsque le litige présente des liens également avec l'État dont la juridiction a été saisie, il est délicat d'affirmer que la saisine du juge étranger a seulement été effectuée dans un but frauduleux ;

- **la conformité avec l'ordre public international :** l'exception d'ordre public est appréciée en tenant compte de l'ordre public du *for* et du contenu de la loi appliquée par la décision étrangère. La Cour de cassation subordonne souvent l'intervention de l'ordre public à une question de proximité : que les époux ou tout au moins l'un d'eux ait son domicile en France, ou que les époux résidant à l'étranger soient de nationalité française. La contrariété à l'ordre public international peut parfois résulter des dispositions du jugement relatives aux enfants en raison du non-respect du principe d'égalité entre les deux parents dans l'exercice de l'autorité parentale (434).

Plus généralement, toute décision qui méconnaîtrait l'égalité entre hommes et femmes est susceptible de porter atteinte à l'ordre public.

3323

Les répudiations musulmanes

La répudiation se définit comme le droit pour l'époux de dissoudre unilatéralement le mariage, c'est-à-dire sans le consentement de son épouse ou sans avoir à prouver sa faute. Cette procédure existe dans certains pays musulmans.

En pratique, le problème se pose de la reconnaissance en France des répudiations prononcées à l'étranger et de leur compatibilité avec l'ordre public français.

Dans un premier temps, en 1983 (435), la jurisprudence a accueilli favorablement les répudiations musulmanes prononcées à l'étranger au nom de l'effet atténué de l'ordre public dès l'instant où celles-ci s'accompagnaient d'un certain nombre de garanties procédurales (notamment si la femme avait été appelée à la procédure et avait pu faire valoir ses prétentions) et pécuniaires.

Dans un second temps, et à partir de cinq arrêts du 17 février 2004, la Cour de cassation a refusé d'accueillir les répudiations musulmanes au titre du principe d'égalité des époux et sur le fondement de l'ordre public de proximité, et ce même si la procédure a été « loyale et contradictoire » : l'exception de l'ordre public se déclenche si les époux ou l'épouse sont domiciliés en France (436).

Une incertitude demeure toutefois quant au critère d'intervention de l'ordre public de proximité : la Cour de cassation prend en compte le domicile de l'un ou des deux époux ainsi que leur nationalité, et ce tantôt de façon cumulative, tantôt isolement.

(433) Cass. 1re civ., 20 juin 2012 : un époux algérien quitte le territoire français pour s'installer en Algérie. Quelques mois après son installation, son épouse l'assigne en contribution aux charges du mariage en France. Deux mois après, cet époux assigne son épouse en divorce en Algérie. La Cour de cassation estime que le jugement de divorce rendu en Algérie n'a pas d'effet en France, compte tenu que « les circonstances de cette procédure précipitée en Algérie constituent une fraude au jugement dans le but de faire échec à l'exécution de la décision française à intervenir (...) ».

(434) Cass. 1re civ., 4 nov. 2005 : un jugement de divorce américain qui donne à la mère le droit de prendre seule des décisions concernant les enfants, et qui interdit au père d'inviter une femme à passer la nuit à son domicile lorsqu'il reçoit ses enfants, porte atteinte aux principes essentiels du droit français fondés sur l'égalité des parents dans l'exercice de l'autorité parentale, et au respect de la vie privée et familiale.

(435) Cass. 1re civ., 3 nov. 1983, no 81-15.745, *Rohbi*.

(436) Le Code de la famille marocain du 5 février 2004 a consacré une réelle égalité des époux lors de la dissolution du mariage, tout en maintenant la répudiation sous l'appellation de « divorce sous contrôle judiciaire ». La Cour de cassation, dans deux arrêts du 4 novembre 2009, a considéré que ce divorce est contraire au principe d'égalité des époux. Ce divorce reste, au sens du droit français, assimilé à une répudiation malgré l'effort du législateur marocain s'agissant de l'encadrement au niveau de la procédure.

§ II Mention en marge de l'état civil

3324 La question s'est posée de savoir si la mention en marge de l'état civil français d'un divorce rendu à l'étranger nécessitait ou non l'*exequatur*. Plusieurs juridictions ont répondu par la négative en estimant que les mentions des jugements étrangers constituaient des mesures de publicité (et non d'exécution) et pouvaient en conséquence être effectuées sans *exequatur* préalable.

L'instruction générale de l'état civil prévoit (437) que les mentions en marge du divorce étranger seront effectuées sur demande de l'intéressé par l'officier d'état civil après instruction du procureur de la République compétent.

§ III Exécution du jugement en France

3325 L'action en *exequatur* est nécessaire pour les dispositions donnant lieu à des actes d'exécution sur les personnes ou les biens.

L'époux qui souhaite obtenir l'exécution forcée en France de la décision étrangère de divorce, par exemple pour le paiement de la pension alimentaire, doit tout d'abord vérifier s'il existe une convention bilatérale ou internationale.

Il peut être fait application :
- de la convention de Lugano (438) ;
- ou de la Convention de La Haye du 23 novembre 2007 (439). Ce texte renforce la coopération internationale en matière de recouvrement d'aliments et institue une procédure de reconnaissance et d'exécution des décisions relatives aux aliments.

En l'absence de convention internationale, il y a lieu de se soumettre la procédure de l'*exequatur*. Le juge compétent est le tribunal de grande instance statuant à juge unique. La procédure d'*exequatur* est en principe contentieuse : le demandeur en *exequatur* doit assigner la ou les autres parties au jugement étranger pour que celles-ci puissent, le cas échéant, contester ou au contraire confirmer que les conditions de l'*exequatur* sont bien remplies.

CHAPITRE II Effets à l'étranger du divorce conventionnel

3326 Dans un contexte international, la convention de divorce a vocation à circuler, être reconnue et exécutée dans d'autres États. La circulation de ce divorce se réalisera plus facilement dans l'Union européenne **(Section I)** que dans les États tiers **(Section II)**.

(437) Instr. gén. 11 mai 1999, relative à l'état civil, art. 585 : « Il appartient aux procureurs de la République de donner les instructions nécessaires pour que les décisions étrangères régulièrement rendues en matière d'état, soient mentionnées ou transcrites sur les registres de l'état civil sans que leur régularité internationale ait été préalablement contrôlée par un tribunal français (...) En aucun cas, la publicité de décisions étrangères sur les registres de l'état civil ne peut être assurée par les mairies sans instruction du procureur de la République ».

(438) 30 oct. 2007, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale dans les pays suivants : Suisse, Islande et Norvège.

(439) Convention relative au recouvrement international des aliments destinée aux enfants et aux autres membres de la famille, qui lie trente-neuf États.

Section I Au sein de l'Union européenne

§ 1 Rupture du lien matrimonial et responsabilité parentale : article 39 du règlement Bruxelles II *bis*

3327 Comme il a été indiqué précédemment, les décisions en matière de divorce bénéficient au sein de l'Union européenne d'une circulation facilitée en vertu de l'article 21 du règlement Bruxelles II *bis* (440).

La question se pose de savoir si le divorce conventionnel français entre dans le champ d'application de ce règlement, ce qui, en l'état actuel des textes et de la jurisprudence de la Cour de justice, demeure discuté.

Il pourrait être invoqué l'article 2, § 4 du règlement (441) qui retient une acception large de la notion de « décision ». Celui-ci ne peut toutefois pas englober le divorce conventionnel français où le notaire n'a pas joué de rôle constitutif lors de l'enregistrement de la convention.

Un autre article du règlement est susceptible de s'appliquer : celui-ci prévoit en effet dans son article 46 que certains actes circulent de la même façon que les décisions (442).

Si la convention contresignée par avocats et déposée au rang des minutes du notaire n'est pas un « acte authentique », il s'agit bien en revanche « d'un accord entre les parties exécutoire » en France. Ainsi, cette formulation large a permis au décret du 28 décembre 2016 puis à la circulaire du 26 janvier 2017 de fonder la reconnaissance de ce nouveau divorce au sein de l'Union européenne. Attention toutefois, cette solution est limitée à ce qui, dans le divorce conventionnel, relève du règlement Bruxelles II *bis*, c'est-à-dire au principe du divorce en lui-même, mais il n'est *a priori* pas possible d'utiliser ce raisonnement pour ce qui concerne les effets patrimoniaux du divorce (sauf à imaginer de conférer à la convention elle-même la forme authentique, par un dépôt avec reconnaissance d'écriture et de signature, lui permettant ainsi de circuler comme acte authentique).

La circulation du principe du divorce, par laquelle les époux pourront être considérés à l'étranger comme divorcés, sera assurée au moyen du certificat de l'article 39 du règlement (443).

Le décret d'application du 28 décembre 2016 a introduit une disposition à l'article 509-3 du Code de procédure civile (444), donnant compétence au notaire ayant reçu l'acte de dépôt

(440) Art. 21 : « Reconnaissance d'une décision. 1. Les décisions rendues dans un État membre sont reconnues dans les autres États membres sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure ».

(441) Art. 2 : « Définitions. Aux fins du présent règlement en entend par : (...) 4) "décision" toute décision de divorce, de séparation de corps ou d'annulation d'un mariage, ainsi que toute décision concernant la responsabilité parentale rendue par une juridiction d'un État membre, quelle que soit la dénomination de la décision, y compris les termes "arrêt", "jugement" ou "ordonnance" ; ».

(442) Art. 46 : « Les actes authentiques reçus et exécutoires dans un État membre ainsi que les accords entre parties exécutoires dans l'État membre d'origine sont reconnus et rendus exécutoires dans les mêmes conditions que des décisions ».

(443) Art. 39 : « Certificat concernant les décisions en matière matrimoniale et certificat concernant les décisions en matière de responsabilité parentale. La juridiction ou l'autorité compétente de l'État membre d'origine délivre, à la requête de toute partie intéressée, un certificat en utilisant le formulaire dont le modèle figure à l'annexe I (décisions en matière matrimoniale) ou à l'annexe II (décisions en matière de responsabilité parentale) ».

(444) CPC, art. 509-3, dernier al. : « Par dérogation à l'article 509-1, sont présentées au notaire ou à la personne morale titulaire de l'office notarial ayant reçu en dépôt la convention de divorce par consentement mutuel prévue à l'article 229-1 du Code civil les requêtes aux fins de certification du titre exécutoire en vue de sa reconnaissance et de son exécution à l'étranger en application de l'article 39 du règlement (CE) nº 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) nº 1347/2000 ».

de la convention de divorce pour délivrer le certificat article 39, permettant ainsi sa reconnaissance dans les autres États membres.

L'article 39 donne deux modèles de formulaires :
- l'un relatif à la rupture du lien conjugal ;
- l'autre relatif aux décisions matrimoniales.

Or ces formulaires visent une décision rendue par une juridiction.

On le voit, même si le règlement Bruxelles II *bis* pourrait offrir quelques pistes en faveur de la circulation de cette nouvelle forme de divorce, l'interprétation des textes par les autorités étrangères ne peut pas être considérée comme certaine à ce jour.

§ II Droit de visite : article 41 du règlement Bruxelles II *bis*

3328 Si le Code de procédure civile vise expressément le certificat de l'article 39, il n'envisage pas la délivrance du certificat spécifique au droit de visite de l'article 41 du règlement.

Cet « oubli » tient vraisemblablement au fait que les conditions de délivrance des deux certificats sont différentes : la délivrance du certificat de l'article 41 (445) suppose notamment que toutes les parties aient été entendues, en ce compris l'enfant dès lors qu'il est doté d'un discernement suffisant. Cela n'est pas le cas dans le divorce conventionnel. Les questions relatives au droit de visite ne bénéficieront donc pas d'une circulation facilitée.

La fiche 10 de la circulaire du 26 janvier 2017 donne deux solutions (446) aux époux souhaitant rendre exécutoires les dispositions relatives à un droit de visite contenues dans une convention de divorce. L'époux devra :
- soit saisir le juge étranger d'une requête en déclaration de la force exécutoire ;
- soit saisir le juge français d'une demande en homologation de la convention portant sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale.

L'une ou l'autre des solutions préconisées impose le recours au juge, qu'il soit Français ou étranger.

§ III Obligations alimentaires

3329 La circulation du divorce conventionnel, dans ses dispositions portant sur les obligations alimentaires, pose une autre difficulté : celui-ci n'entre pas dans le champ d'application du règlement « Aliments » n° 4/2009 du 18 décembre 2008 (447).

(445) Art. 41 : « Droit de visite (...) 2. Le juge d'origine ne délivre le certificat visé au paragraphe 1, en utilisant le formulaire dont le modèle figure à l'annexe III (certificat concernant le droit de visite), que si : (...) ; *b)* toutes les parties concernées ont eu la possibilité d'être entendues; et *c)* l'enfant a eu la possibilité d'être entendu, à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée eu égard à son âge ou à son degré de maturité ».

(446) « Dès lors, le notaire ne pourra pas délivrer le certificat visé à l'article 41 du règlement du 27 novembre 2003 et devra refuser toute requête en ce sens. Les parties, si elles souhaitent rendre exécutoire dans un État requis la convention de divorce portant sur l'exercice d'un droit de visite transfrontière, pourront néanmoins saisir l'État requis d'une demande en déclaration de la force exécutoire selon la procédure simplifiée applicable aux actes portant sur la responsabilité parentale. Elles pourraient également saisir le juge aux affaires familiales d'une demande d'homologation d'une convention portant sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale qui pourra statuer sans audience, en application de l'article 1143 du Code de procédure civile. »

(447) Cons. UE, 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.

En effet, seuls les « décisions », les « transactions » et les « actes authentiques » peuvent bénéficier des facilités de circulation prévues par ce règlement (448).

Le divorce conventionnel n'entre dans aucune de ces catégories.

La fiche technique 10 de la circulaire du 26 janvier 2017 préconise (449) au créancier d'aliments de s'adresser au juge étranger afin d'obtenir soit l'homologation de la convention, soit son incorporation dans une décision.

Section II Hors Union européenne

3330 Dans un État tiers, la reconnaissance et l'exécution du divorce sans juge seront très aléatoires, les parties ne pouvant produire ni jugement ni acte authentique. Cette difficulté existera que cet État applique une convention internationale ou son droit commun.

La France n'est liée par aucune convention multilatérale portant sur le divorce. Toutefois, diverses conventions multilatérales applicables en France concernent certaines conséquences du divorce telles les obligations alimentaires ou des mesures relatives aux enfants. Mais ces conventions, lorsqu'elles traitent de la reconnaissance ou de l'exécution, envisagent des décisions ou des transactions judiciaires, des mesures prises par des autorités ou des actes authentiques.

Le divorce conventionnel n'entre dans aucune de ces catégories. De plus, certains États, attachés à la forme judiciaire du divorce, pourraient estimer qu'un divorce sans juge est contraire à leur ordre public international.

Des décisions ont ainsi été rendues dans les pays d'Afrique du Nord :

Une première décision a été rendue en Tunisie, par le tribunal de grande instance de Tunis le 14 novembre 2017. Les faits étaient très classiques : deux époux ayant la double nationalité française et tunisienne choisissent de divorcer par consentement mutuel en France, où ils résident depuis de nombreuses années. Ils rédigent et signent avec leurs avocats une convention qui est déposée au rang des minutes d'un notaire en juin 2017. Ils s'adressent alors aux services de l'état civil en Tunisie afin que la mention du divorce soit portée en marge de leurs actes d'état civil. L'administration tunisienne refuse, n'étant tenue de transcrire que « les décisions émanant des autorités judiciaires ». L'époux s'adresse au tribunal de première instance de Tunis qui accepte de reconnaître ce divorce sans juge. Il considère que ce divorce est conforme à l'ordre public international tunisien, qu'il n'est pas entaché de fraude, et qu'il n'y a pas eu saisine préalable des juridictions tunisiennes. Le tribunal a ainsi cherché à dépasser les nombreux obstacles dressés devant la reconnaissance pour faire prévaloir l'intérêt des particuliers.

Cependant, d'autres décisions ont été rendues n'accordant pas la reconnaissance au divorce sans juge : au Maroc, le tribunal de première instance d'Oujda, le 29 janvier 2018, a refusé d'accorder l'*exequatur* de ce divorce, l'estimant contraire à l'ordre public. En Algérie, le tribunal de Sidi M'Hamed, dans une décision du 26 septembre 2017, l'a également estimé

(448) Règl. n° 4/2009, art. 16 et 48.

(449) « Le créancier qui sollicite le recouvrement de l'obligation alimentaire prévue par la convention de divorce devra, à défaut d'accord bilatéral prévoyant une procédure simplifiée d'*exequatur* portant sur un acte, solliciter l'homologation de la convention par le juge étranger ou de tout autre manière l'incorporation de l'accord à une décision de ce juge, si une telle homologation s'avère impossible en raison des règles de compétence internationale ou parce que le droit national ne prévoit pas de mécanisme d'homologation. »

contraire à l'ordre public au motif que l'article 49 du Code de la famille algérien exige que le divorce soit prononcé par jugement.

Avant de recourir à ce type de divorce, il s'avère indispensable de se renseigner préalablement auprès des ambassades ou consulats sur les effets qu'il pourra ou non déployer dans le pays de résidence.

TITRE II

Les effets patrimoniaux du divorce

Les effets du divorce qui intéressent la pratique notariale sont de façon quasi systématique de nature patrimoniale. Ils ont généralement trait aux obligations alimentaires, ainsi qu'à la liquidation et au partage. **3331**

CHAPITRE I Les obligations alimentaires

Depuis l'entrée en application, le 18 juin 2011, du règlement (CE) n° 4/2009 du 18 décembre 2008, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, le droit commun français n'a pratiquement plus vocation à s'appliquer, qu'il s'agisse de déterminer le juge compétent ou d'identifier la loi applicable. **3332**

En effet, ce règlement a une vocation universelle, c'est-à-dire qu'il est applicable même si la résidence habituelle du défendeur est située dans un État non membre de l'Union européenne (considérant 15 (450) et article 3 (451)).

(450) Consid. 15 : « Afin de préserver les intérêts des créanciers d'aliments et de favoriser une bonne administration de la justice au sein de l'Union européenne, les règles relatives à la compétence telles qu'elles résultent du règlement (CE) n° 44/2001 devraient être adaptées. La circonstance qu'un défendeur a sa résidence habituelle dans un État tiers ne devrait plus être de nature à exclure l'application des règles communautaires de compétence, et plus aucun renvoi aux règles de compétence du droit national ne devrait désormais être envisagé. Il y a donc lieu de déterminer dans le présent règlement les cas dans lesquels une juridiction d'un État membre peut exercer une compétence subsidiaire ».

(451) Art. 3 : « Sont compétentes pour statuer en matière d'obligations alimentaires dans les États membres :
a) la juridiction du lieu où le défendeur a sa résidence habituelle, ou
b) la juridiction du lieu où le créancier a sa résidence habituelle, ou
c) la juridiction qui est compétente selon la loi du for pour connaître d'une action relative à l'état des personnes lorsque la demande relative à une obligation alimentaire est accessoire à cette action, sauf si cette compétence est fondée uniquement sur la nationalité d'une des parties, ou
d) la juridiction qui est compétente selon la loi du for pour connaître d'une action relative à la responsabilité parentale lorsque la demande relative à une obligation alimentaire est accessoire à cette action, sauf si cette compétence est fondée uniquement sur la nationalité d'une des parties ».

D'autre part, comme la juridiction compétente est généralement la juridiction de la résidence habituelle du défendeur ou la juridiction de la résidence habituelle du créancier (art. 3), les règles de compétence édictées par le Code de procédure civile ne jouent plus aucun rôle au sujet des obligations alimentaires visées par le règlement (452). Quant aux obligations alimentaires ayant un fondement contractuel, qui échappent au domaine du règlement « Aliments », elles peuvent exceptionnellement se voir appliquer le droit commun français.

Ces obligations relèvent en effet du règlement Bruxelles I *bis* du 12 décembre 2012, plus précisément de l'article 4 (compétence de la juridiction de l'État où le défendeur a sa résidence habituelle) (453) ou de l'article 7 (compétence de la juridiction de l'État du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande) (454).

C'est la raison pour laquelle les développements se limiteront à expliciter les principes posés par le règlement du 18 décembre 2008.

Section I Champ d'application du règlement

3333 Il sera développé le champ d'application du règlement sur le plan matériel **(Sous-section I)**, sur le plan territorial **(Sous-section II)** et sur le plan temporel **(Sous-section III)**.

(452) V. *infra*, n° 3334.

(453) Règl. 12 déc. 2012, art. 4 : « 1. Sous réserve du présent règlement, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attraites, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre. 2. Les personnes qui ne possèdent pas la nationalité de l'État membre dans lequel elles sont domiciliées sont soumises aux règles de compétence applicables aux ressortissants de cet État membre ».

(454) Règl. 12 déc. 2012, art. 7 : « Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attraite dans un autre État membre :

1) *a)* en matière contractuelle, devant la juridiction du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande ; *b)* aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est : – pour la vente de marchandises, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées, – pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis ; *c)* le point *a)* s'applique si le point *b)* ne s'applique pas ;

2) en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant la juridiction du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire ;

3) s'il s'agit d'une action en réparation de dommage ou d'une action en restitution fondées sur une infraction, devant la juridiction saisie de l'action publique, dans la mesure où, selon sa loi, cette juridiction peut connaître de l'action civile ;

4) s'il s'agit d'une action civile, fondée sur le droit de propriété, en restitution d'un bien culturel au sens de l'article 1er, point 1), de la directive 93/7/CEE, engagée par la personne revendiquant le droit de récupérer un tel bien, devant la juridiction du lieu où le bien culturel est situé au moment de la saisine ;

5) s'il s'agit d'une contestation relative à l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement, devant la juridiction du lieu de leur situation ;

6) s'il s'agit d'une action engagée à l'encontre d'un fondateur, d'un *trustee* ou d'un bénéficiaire d'un trust constitué soit en application de la loi, soit par écrit ou par une convention verbale, confirmée par écrit, devant les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel le trust a son domicile ;

7) s'il s'agit d'une contestation relative au paiement de la rémunération réclamée en raison de l'assistance ou du sauvetage dont a bénéficié une cargaison ou un fret, devant la juridiction dans le ressort duquel cette cargaison ou le fret s'y rapportant: *a)* a été saisi pour garantir ce paiement ; ou *b)* aurait pu être saisi à cet effet, mais une caution ou une autre sûreté a été donnée, cette disposition ne s'applique que s'il est prétendu que le défendeur a un droit sur la cargaison ou sur le fret ou qu'il avait un tel droit au moment de cette assistance ou de ce sauvetage ».

Sous-section I Champ d'application matériel

3334 Le règlement précise qu'il est applicable à toutes les obligations alimentaires « découlant de relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance » (455), sans bien entendu concerner l'établissement même de ces relations.

La notion d'obligation alimentaire est une notion autonome qui doit être largement comprise incluant, par exemple, la prestation compensatoire du droit français, peu importe ses caractères forfaitaire et partiellement indemnitaire ainsi que son versement en principe en capital. La notion de créancier d'aliments est également entendue largement par la Cour de justice de l'Union européenne puisqu'elle englobe « tout demandeur d'aliments, y compris celui qui intente pour la première fois une action en matière d'aliments ». Le règlement s'applique donc tant aux demandes initiales d'aliments qu'aux demandes de révision.

Comme déjà précisé, le règlement ne s'applique pas en revanche pour déterminer ce qu'il faut entendre par les notions de « relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance » servant de fondement à l'obligation alimentaire.

Le règlement n'a pas pris le risque de les définir, et c'est donc en principe chaque État membre qui reste libre de préciser quelles obligations alimentaires existent dans sa législation. Reste néanmoins que la juridiction d'un État membre, saisie d'une demande alimentaire entrant dans le champ d'application du règlement, ne peut, sous peine de frôler le déni de justice, refuser de fonder sa compétence sur le règlement au prétexte que l'action est engagée par un époux homosexuel.

Certes, il semblerait que la liberté des États membres de reconnaître ou non les mariages homosexuels célébrés à l'étranger soit préservée.

Dans cette perspective, l'article 13 du règlement (UE) n° 1259/2010 (Rome III) énonce qu'« aucune disposition du présent règlement n'oblige les juridictions d'un État membre participant dont la loi (...) ne considère pas le mariage comme valable aux fins de la procédure de divorce à prononcer le divorce ». Transposée au règlement (CE) n° 4/2009, cette directive signifie que les juridictions des États membres « conservateurs » ne sont pas tenues de considérer comme valable l'union homosexuelle sur le fondement de laquelle des aliments sont réclamés.

Il n'en demeure pas moins que, depuis l'arrêt du 5 juin 2018 de la Cour de justice de l'Union européenne qui s'oppose à ce que les autorités compétentes de l'État membre dont le citoyen de l'Union a la nationalité refusent d'accorder un droit de séjour sur le territoire de cet État membre audit ressortissant, au motif que le droit dudit État membre ne prévoit pas le mariage entre personnes de même sexe, cette liberté semble désormais limitée.

Autrement dit, saisie d'une demande alimentaire, la juridiction de l'État membre devra statuer sur la demande, quand bien même elle n'admettrait pas le mariage entre personnes de même sexe.

Sous-section II Champ d'application spatial

3335 Le règlement est applicable dans tous les États membres (y compris donc le Danemark) et il est le premier règlement qui supprime tout renvoi subsidiaire aux règles de compétence nationales. Il précise ainsi que « la circonstance qu'un défendeur a sa résidence habituelle

(455) Règl. 12 déc. 2012, art. 1-1.

dans un État tiers ne devrait plus être de nature à exclure l'application des règles communautaires de compétence, et plus aucun renvoi aux règles de compétence du droit national ne devrait désormais être envisagé ».

Cet objectif favorise une application extra-européenne du règlement.

Sous-section III Champ d'application dans le temps

3336 Le règlement ne s'applique qu'aux procédures engagées après le 18 juin 2011.

Le champ d'application précisé, il convient dès lors de déterminer la juridiction compétente pour connaître de la demande d'aliments.

Section II La juridiction compétente

3337 La détermination de la juridiction compétente peut résulter d'une absence de choix **(Sous-section I)** ou d'une élection de *for* dédiée **(Sous-section II)**.

Sous-section I La juridiction compétente à défaut de choix

3338 Les juridictions françaises sont, d'abord, compétentes pour connaître des litiges internationaux relatifs à la mise en œuvre de l'obligation alimentaire (actions en réclamation d'aliments, en révision ou en suppression de pension alimentaire et actions assimilées) lorsque le défendeur ou le créancier demeure en France (456).

À côté de la compétence, dans les États membres de l'Union européenne, de la juridiction du lieu où le défendeur a sa résidence habituelle, ou bien celle du lieu où réside le créancier (ou encore de celle de la juridiction compétente pour connaître d'une action d'État qui serait principale), est ajoutée la compétence de la juridiction pouvant connaître, selon la loi du *for*, d'une action relative à la responsabilité parentale (en droit français, autorité parentale) lorsque la demande alimentaire est accessoire à cette action (457).

Plus précisément, le règlement précise que dans les États membres, sont « compétentes pour statuer en matière d'obligations alimentaires :

a) la juridiction du lieu où le défendeur a sa résidence habituelle, ou

b) la juridiction du lieu où le créancier a sa résidence habituelle, ou

c) la juridiction qui est compétente selon la loi du for pour connaître d'une action relative à l'état des personnes lorsque la demande relative à une obligation alimentaire est accessoire à cette action, sauf si cette compétence est fondée uniquement sur la nationalité d'une des parties, ou

d) la juridiction qui est compétente selon la loi du for pour connaître d'une action relative à la responsabilité parentale lorsque la demande relative à une obligation alimentaire est accessoire à cette action, sauf si cette compétence est fondée uniquement sur la nationalité d'une des parties ».

(456) Règl. « Aliments » préc., art. 3.
(457) *Idem.*

Ces rattachements sont alternatifs et non hiérarchisés et, comme déjà évoqué, permettent de désigner une juridiction même située dans un État tiers (avec le risque que les juridictions de cet État ne se reconnaissent pas compétentes...).

Ensuite, on retrouve, comme dans Bruxelles II *bis* et la majorité des autres règlements, la notion de résidence habituelle (458).

Si aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 3, 4 (459) et 5 (460) du règlement et qu'aucune juridiction d'un État (non membre de l'Union) partie à la convention de Lugano n'est compétente en vertu des dispositions de ladite convention, les juridictions de l'État membre de la nationalité commune des parties sont compétentes.

Cette compétence doit favoriser l'accès à la juridiction d'un État membre lorsque les deux parties, par hypothèse exilées en dehors du territoire de l'Union, sont ressortissantes de cet État.

De même, lorsqu'aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 3, 4, 5 et 6 (461) du règlement, les juridictions d'un État membre peuvent, dans des cas exceptionnels, connaître du litige si une procédure ne peut raisonnablement être introduite ou conduite, ou se révèle impossible dans un État tiers avec lequel le litige a un lien étroit.

Il est toutefois possible dans certains cas de déroger à l'application de ces règles de compétence en procédant à une élection de *for*.

(458) Sur cette notion, V. *supra* : partenariats, n° 3122 ; régimes matrimoniaux, n^{os} 3234, 3241 et 3244 ; divorce, n° 3284 ; et *infra* : successions, n^{os} 3355 et 3407.

(459) Règl. « Aliments », art. 4 : « Élection de for
1. Les parties peuvent convenir que la juridiction ou les juridictions ci-après d'un État membre sont compétentes pour régler les différends en matière d'obligations alimentaires nés ou à naître entre elles : *a)* une juridiction ou les juridictions d'un État membre dans lequel l'une des parties a sa résidence habituelle ; *b)* une juridiction ou les juridictions de l'État membre dont l'une des parties a la nationalité ; *c)* en ce qui concerne les obligations alimentaires entre époux ou ex-époux : i) la juridiction compétente pour connaître de leurs différends en matière matrimoniale, ou ii) une juridiction ou les juridictions de l'État membre qui a été celui de leur dernière résidence habituelle commune pendant au moins un an. Les conditions visées aux points *a)*, *b)* ou *c)* doivent être réunies au moment de la conclusion de la convention relative à l'élection de for ou au moment de l'introduction de l'instance. La compétence attribuée par convention est exclusive, sauf si les parties en disposent autrement.
2. Une convention relative à l'élection de for est conclue par écrit. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite.
3. Le présent article n'est pas applicable dans un litige portant sur une obligation alimentaire à l'égard d'un enfant de moins de dix-huit ans.
4. Si les parties sont convenues d'attribuer une compétence exclusive à une juridiction ou aux juridictions d'un État partie à la convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signée le 30 octobre 2007 à Lugano (ci-après dénommée "la convention de Lugano"), dès lors que celui-ci n'est pas un État membre, ladite convention s'applique sauf en ce qui concerne les litiges visés au paragraphe 3 ».

(460) Règl. « Aliments », art. 5 : « Compétence fondée sur la comparution du défendeur
Outre les cas où sa compétence résulte d'autres dispositions du présent règlement, la juridiction d'un État membre devant laquelle le défendeur comparaît est compétente. Cette règle n'est pas applicable si la comparution a pour objet de contester la compétence ».

(461) Règl. « Aliments », art. 6 : « Compétence subsidiaire
Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 3, 4 et 5, et qu'aucune juridiction d'un État partie à la convention de Lugano qui n'est pas un État membre n'est compétente en vertu des dispositions de ladite convention, les juridictions de l'État membre de la nationalité commune des parties sont compétentes ».

Sous-section II La juridiction compétente en présence d'une élection de *for*

3339 Permettant de corriger l'imprévisibilité liée à la pluralité de rattachements de l'article 3, l'article 4 du règlement autorise une élection de *for*, sauf dans les litiges portant sur une obligation alimentaire à l'égard d'un enfant de moins de dix-huit ans (dans lesquels les clauses d'élection de *for* ne sont pas autorisées).

Pour régler un différend né ou à naître, les parties peuvent élire au sein d'un État membre :
a) « une juridiction ou les juridictions d'un État membre dans lequel l'une des parties a sa résidence habituelle ;
b) une juridiction ou les juridictions de l'État membre dont l'une des parties a la nationalité ;
c) en ce qui concerne les obligations entre époux ou ex-époux : i) la juridiction compétente pour connaître de leurs différends en matière matrimoniale, ou ii) une juridiction ou les juridictions de l'État membre qui a été celui de leur dernière résidence habituelle commune pendant au moins un an ».

Cette possibilité de choisir la juridiction compétente, strictement encadrée, n'est pas totalement nouvelle.

En réalité, sous le régime du règlement Bruxelles I (462) – les obligations alimentaires entraient initialement dans le champ d'application de ce règlement – les parties, à condition que l'une d'elles soit domiciliée sur le territoire d'un État membre, pouvaient déjà conclure une clause attributive de juridiction sur le fondement de l'article 23 du règlement (463).

Et les parties peuvent se placer soit au moment de la conclusion de la convention, soit au moment de l'introduction, et déterminer les éléments de rattachement qui sont concrétisés à ces moments.

Quant à la forme que doit prendre l'élection de *for*, l'accord doit être conclu par écrit et peut être transmis par voie électronique.

La juridiction compétente identifiée, il convient de déterminer la loi applicable.

(462) Cons. UE, règl. (CE) nº 44/2001, 22 déc. 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

(463) Règl. (CE) nº 44/2001, art. 23 : « 1. Si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État membre, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État membre sont compétents. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties. Cette convention attributive de juridiction est conclue : *a)* par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, ou *b)* sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles, ou *c)* dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée.
2. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite.
3. Lorsqu'une telle convention est conclue par des parties dont aucune n'a son domicile sur le territoire d'un État membre, les tribunaux des autres États membres ne peuvent connaître du différend tant que le tribunal ou les tribunaux désignés n'ont pas décliné leur compétence.
4. Le tribunal ou les tribunaux d'un État membre auxquels l'acte constitutif d'un trust attribue compétence sont exclusivement compétents pour connaître d'une action contre un fondateur, un *trustee* ou un bénéficiaire d'un trust, s'il s'agit des relations entre ces personnes ou de leurs droits ou obligations dans le cadre du trust.
5. Les conventions attributives de juridiction ainsi que les stipulations similaires d'actes constitutifs de trust sont sans effet si elles sont contraires aux dispositions des articles 13, 17 et 21 ou si les tribunaux à la compétence desquels elles dérogent sont exclusivement compétents en vertu de l'article 22 ».

Section III La loi applicable

Là encore, la détermination de la loi applicable peut résulter d'une absence de choix **(Sous-section I)** ou d'un choix **(Sous-section II)**. **3340**

Sous-section I La loi applicable en l'absence de choix

Le règlement détermine la loi applicable aux obligations alimentaires par un renvoi effectué au Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Ce protocole est appliqué par l'ensemble des États membres, à l'exception du Danemark et du Royaume-Uni. **3341**

Avant d'examiner les règles déterminant la loi applicable, quelques mots sur le domaine des matières couvertes par cette loi.

Aux termes de l'article 11 du protocole, la loi applicable à l'obligation alimentaire détermine en particulier :

a) « si, dans quelle mesure et à qui le créancier peut demander des aliments ;
b) la mesure dans laquelle le créancier peut demander des aliments rétroactivement ;
c) la base de calcul du montant des aliments et l'indexation ;
d) qui est admis à intenter l'action alimentaire, sous réserve des questions relatives à la capacité procédurale et à la représentation en justice ;
e) la prescription ou les délais pour intenter une action ;
f) l'étendue de l'obligation du débiteur d'aliments, lorsque l'organisme public demande le remboursement de la prestation fournie au créancier en lieu et place d'aliments ».

La loi ainsi désignée couvre donc un large champ de questions.

Quant à la loi applicable, sauf dispositions contraires, il s'agit de la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier. Et comme dans les autres instruments, le protocole ne définit pas la notion de résidence habituelle (464).

Par dérogation à l'article 3 du protocole (465), l'article 4 (466) prévoit une règle de conflit spéciale au profit de trois catégories de créanciers particulièrement dignes de protection :
– les enfants sans limite d'âge qui réclament des aliments à leurs parents ;

(464) Sur cette notion, V. *supra* : partenariats, n° 3122 ; régimes matrimoniaux, n^os^ 3234, 3241 et 3244 ; divorce, n° 3284 ; et *infra* : successions, n^os^ 3355 et 3407.

(465) Prot. La Haye 23 nov. 2007, art. 3 : « Règle générale relative à la loi applicable :
1. Sauf disposition contraire du Protocole, la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier régit les obligations alimentaires.
2. En cas de changement de la résidence habituelle du créancier, la loi de l'État de la nouvelle résidence habituelle s'applique à partir du moment où le changement est survenu ».

(466) Prot. La Haye 23 nov. 2007, art. 4 : « Règles spéciales en faveur de certains créanciers
1. Les dispositions suivantes s'appliquent en ce qui concerne les obligations alimentaires : *a)* des parents envers leurs enfants ; *b)* de personnes, autres que les parents, envers des personnes âgées de moins de 21 ans à l'exception des obligations découlant des relations mentionnées à l'article 5 ; et *c)* des enfants envers leurs parents.
2. La loi du for s'applique lorsque le créancier ne peut pas obtenir d'aliments du débiteur en vertu de la loi mentionnée à l'article 3.
3. Nonobstant l'article 3, la loi du for s'applique lorsque le créancier a saisi l'autorité compétente de l'État où le débiteur a sa résidence habituelle. Toutefois, la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier s'applique lorsque le créancier ne peut pas obtenir d'aliments du débiteur en vertu de la loi du for.
4. La loi de l'État dont le créancier et le débiteur ont la nationalité commune, s'ils en ont une, s'applique lorsque le créancier ne peut pas obtenir d'aliments du débiteur en vertu des lois mentionnées à l'article 3 et aux paragraphes 2 et 3 du présent article ».

- les personnes, âgées de moins de vingt et un ans, qui agissent sur le fondement d'une des relations de famille couvertes par le protocole, à l'exclusion des relations parent-enfant et du mariage (donc par exemple les petits-enfants ou les neveux) ;
- les parents qui agissent en qualité de créanciers de leurs enfants.

La règle de conflit prévue pour ces créanciers alimentaires prévoit une cascade de rattachements destinés à assurer leur droit à aliments et une promotion de la loi du *for*. Le premier rattachement subsidiaire désigne la loi du *for* lorsque le créancier ne peut obtenir d'aliments en vertu de la loi de sa résidence habituelle désignée par la règle générale de l'article 3. Il faut bien comprendre que la loi du *for* ne peut être envisagée que si le créancier ne peut pas obtenir d'aliments selon la loi de sa résidence habituelle et non si cette dernière est seulement moins favorable que la loi du *for*. Le deuxième rattachement prévoit que cette loi est applicable, à titre principal, si le créancier saisit l'autorité compétente de l'État de résidence habituelle du débiteur. Mais s'il ne peut obtenir d'aliments en vertu de la loi du *for*, la loi de sa résidence habituelle réapparaît en tant que rattachement subsidiaire. Le dernier rattachement prévoit que si le créancier ne peut pas obtenir d'aliments du débiteur en vertu de la loi de sa résidence habituelle ou du *for* saisi, il est possible d'appliquer la loi nationale commune des parties.

Enfin, le protocole permet aux parties de désigner la loi applicable, et le seul choix possible est la loi de l'État dont les juridictions sont saisies. Ce choix peut être fait antérieurement « à l'introduction de l'instance » (467). Quant à sa forme, cet accord doit être « signé des deux parties, par écrit ou consigné sur tout support dont le contenu est accessible pour être consulté ultérieurement ».

Et cette loi peut être choisie quelle que soit l'action : elle ne concerne pas seulement les obligations alimentaires entre adultes, mais s'applique à toutes les actions.

Sous-section II Le choix de loi

3342 L'article 8, paragraphe 1 du Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 prévoit que les créancier et débiteur peuvent choisir les lois suivantes :

- la loi d'un État dont l'une des parties a la nationalité au moment de la désignation ;
- la loi de l'État de la résidence habituelle de l'une des parties au moment de la désignation ;
- la loi désignée par les parties pour régir leurs relations patrimoniales ou celle effectivement appliquée à ces relations ;
- la loi désignée par les parties pour régir leur divorce ou leur séparation de corps ou celle effectivement appliquée à ce divorce ou cette séparation.

(467) Prot. La Haye 23 nov. 2007, art. 7 : « Désignation de la loi applicable pour les besoins d'une procédure particulière (accord procédural)

1. Nonobstant les articles 3 à 6, le créancier et le débiteur d'aliments peuvent, uniquement pour les besoins d'une procédure particulière se déroulant dans un État donné, désigner expressément la loi de cet État pour régir une obligation alimentaire.

2. Une désignation antérieure à l'introduction de l'instance doit faire l'objet d'un accord, signé des deux parties, par écrit ou consigné sur tout support dont le contenu est accessible pour être consulté ultérieurement ».

Le choix, qui peut être fait à tout moment, doit être établi par écrit ou consigné sur tout support dont le contenu est accessible pour être consulté ultérieurement et, bien entendu, il est nécessaire que le consentement soit éclairé.

Mais il est limité aux seules hypothèses où l'action n'implique pas un créancier d'aliments mineur ou un adulte qui, en raison d'une altération ou d'une insuffisance de ses facultés personnelles, n'est pas en mesure de pourvoir seul à ses intérêts.

Un tel choix peut spécialement être intéressant pour les couples en instance de divorce.

Ils pourraient ainsi prévoir que le juge français et la loi française s'appliqueront aux éventuels litiges futurs concernant la prestation compensatoire.

Ce choix sera efficace, sauf dans deux hypothèses :
- en premier lieu, la loi de l'État de sa résidence habituelle doit autoriser, au moment de la désignation, si un créancier d'aliments peut renoncer à son droit à des aliments ;
- en second lieu, sauf renonciation en pleine connaissance de cause, la loi désignée doit être écartée lorsque son application entraînerait des conséquences manifestement inéquitables ou déraisonnables pour l'une des parties (468).

Section IV La circulation des décisions

Le règlement « Aliments » précise qu'une « décision » s'entend comme une décision en **3343** matière d'obligations alimentaires rendue dans un État membre, quelle que soit sa dénomination : arrêt, jugement, ordonnance ou mandat d'exécution.

Lorsque la décision émane d'une juridiction ou autorité d'un État membre lié par le Protocole de La Haye de 2007, il y a suppression de tout *exequatur* : les décisions en matière alimentaire bénéficient d'un principe de reconnaissance de plein droit.

Le créancier d'aliments pourra ainsi saisir la juridiction française d'une demande de modification de la pension alimentaire accordée à l'étranger sans avoir obtenu d'*exequatur* préalable et sans que le débiteur puisse, à cette occasion, engager une discussion sur la reconnaissance de la décision d'origine.

Surtout, l'article 17 du règlement « Aliments » affirme que les décisions, exécutoires dans l'État d'origine, jouissent de la force exécutoire dans un autre État membre sans qu'une déclaration constatant la force exécutoire soit nécessaire.

Seules exceptions : lorsque le défendeur n'a pas été présent ou représenté dans l'instance initiale, il peut solliciter le réexamen de la décision dont l'exécution est demandée dans l'État requis.

Ce réexamen devra être sollicité dans l'État membre d'origine.

Et l'article 21 du règlement précise que deux autres motifs peuvent entraîner un refus total ou partiel par l'autorité compétente de l'État membre requis :
- la prescription du droit d'obtenir l'exécution de la décision de la juridiction d'origine (le délai de prescription à prendre en considération est le plus long entre celui prévu par la loi de l'État membre d'origine et celui retenu par la loi de l'État membre d'exécution) ;

(468) Prot. La Haye 23 nov. 2007, art. 8, § 5 : « 5. À moins que les parties n'aient été pleinement informées et conscientes des conséquences de leur choix au moment de la désignation, la loi désignée ne s'applique pas lorsque son application entraînerait des conséquences manifestement inéquitables ou déraisonnables pour l'une ou l'autre des parties ».

– l'inconciliabilité de la décision avec une décision rendue dans l'État membre d'exécution ou avec une décision rendue dans un autre État membre ou dans un État tiers, laquelle décision réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État membre d'exécution.

Lorsque la décision émane d'un État membre de l'Union européenne mais non lié par le protocole, elle sera également reconnue, mais cette reconnaissance pourra être discutée à titre principal et également de façon incidente devant la juridiction d'un État membre. Et la décision pourra ne pas être reconnue en cas de contrariété à l'ordre public, de méconnaissance des droits de la défense ou lorsqu'elle est inconciliable avec une autre décision.

Pour son exécution, la décision est soumise à un contrôle formel qui doit en principe permettre d'obtenir la déclaration constatant la force exécutoire. Lorsque l'une des parties conteste, le juge peut refuser ou révoquer une déclaration de force exécutoire en cas de contrariété à l'ordre public, de méconnaissance des droits de la défense ou lorsque la décision est inconciliable avec une autre décision. Lorsque la décision émane d'un État tiers à l'Union européenne, elle doit en principe être soumise à la procédure de l'*exequatur* de l'État membre de réception.

En France, pour pouvoir être exécutée, elle doit donc répondre aux impératifs de régularité de toute décision étrangère (compétence du juge étranger, absence de contrariété à l'ordre public, absence de fraude).

CHAPITRE II La liquidation et le partage

3344 Il convient d'envisager la liquidation et le partage dans le contexte de l'importation d'un jugement étranger **(Section I)**, et dans l'hypothèse de l'exportation d'un jugement français **(Section II)**.

Section I Effets en France d'un jugement étranger contenant une ou des attributions de biens immobiliers situés en France au profit d'un ex-époux

3345 Le notaire français peut être confronté à trois types de situations face à un jugement étranger prononçant un divorce. En effet, ce jugement peut :
– se contenter de prononcer le divorce ;
– ou dans son dispositif préciser l'attribution en France d'un bien déterminé à l'un des époux ;
– ou encore homologuer une convention qui comprend le partage de biens situés dans plusieurs pays.

3346 Depuis l'introduction de l'article 710-1 du Code civil par la loi du 28 mars 2011, il n'est plus possible de simplement procéder aux fins de publication en France, au dépôt du jugement étranger, mais un acte devra être établi par le notaire français réitérant l'attribution du bien situé en France au profit de l'ex-époux.

En matière de divorce, il est assez fréquent de recevoir des jugements rendus à l'étranger comprenant des attributions de biens immobiliers au profit des ex-époux. Ainsi, un bien

immobilier situé à l'étranger pourra-t-il être attribué à l'ex-époux tandis que le bien immobilier situé en France sera attribué à l'ex-épouse. Souvent il s'agit d'une convention de partage conclue entre les époux, qui aura donné lieu à une ratification par le juge.

Force est alors de constater que le régime matrimonial des époux n'a pas toujours été liquidé suivant les règles contenues dans le contrat de mariage qui a pu être ignoré tant par les époux que par le juge étranger. Comment le notaire français doit-il alors réceptionner ce jugement ? Doit-il automatiquement procéder à la réitération par un acte authentique de l'attribution du bien situé en France aux fins de publication ? Quelles questions doit-il se poser ?

En pratique, les jugements de divorce rendus à l'étranger, sous réserve de leur régularité, produisent effets en France sans qu'il soit besoin d'*exequatur*, sauf désaccord des parties sur la liquidation. Dès 1985, la Cour de cassation reconnaissait la possibilité pour les époux, capables et maîtres de leurs droits, de convenir, dans leurs rapports réciproques, d'une liquidation sur des bases différentes de la loi applicable à leur régime matrimonial, sous réserve des droits des tiers (469).

Cette liberté et cette autonomie laissées aux époux ne doivent pas pour autant faire perdre de vue le contrôle que doit effectuer le notaire, ne serait-ce que sur la valeur des biens attribués et sur « l'équilibre de la convention » au regard du régime matrimonial qui aurait dû gouverner la liquidation. Il arrive en effet que la valeur du bien situé en France citée dans la convention jointe au jugement de divorce ne soit pas du tout conforme à la réalité. S'il en est de même du bien situé à l'étranger, l'équilibre de la convention peut ne pas être affecté, mais le risque d'un redressement fiscal sur le droit de partage existe. Il convient d'en aviser les parties.

Le déséquilibre qui pourrait être constaté par le notaire (le mari ou la femme recevant presque l'intégralité des biens alors que l'autre ne reçoit pratiquement rien) devra le mettre en alerte quant à une éventuelle contrariété à l'ordre public. En 2008, le tribunal de grande instance de Paris avait refusé l'*exequatur* d'une décision américaine ayant ignoré le contrat de mariage des époux et ayant attribué 75 % des biens à la femme contre 25 % au mari (470).

Section II Effets à l'étranger d'un jugement français contenant une ou des attributions de biens immobiliers situés à l'étranger au profit d'un ex-époux

Dans le cadre d'un divorce prononcé en France, il est possible que les époux aient acquis des biens à l'étranger ; il conviendra de ne pas les omettre dans la convention contenant liquidation-partage de leur régime matrimonial en France, et de se renseigner auprès d'un notaire ou avocat du lieu de situation du bien sur les éventuelles mentions à porter dans l'acte afin de faciliter les formalités de publication à l'étranger. **3347**

(469) Cass. 1re civ., 3 janv. 1985, nº 83-15.386 et Cass. 1re civ., 25 janv. 2005, nº 02-15.648.
(470) TGI Paris, 26 nov. 2008 : *Rev. crit. DIP* 2009, 310, note B. Ancel.

QUATRIÈME PARTIE

Hériter

3348 Qu'elle soit motivée par des motifs économiques, climatiques et environnementaux, des conflits armés ou de simples choix de vie facilités par la mondialisation, la mobilité des populations est une des évolutions marquantes de ce début du XXIe siècle.

De ce fait, il n'est plus inhabituel que la situation juridique des individus soit émaillée d'éléments d'extranéité plus ou moins nombreux.

Acteur de la société, le notaire, qu'il exerce en milieu urbain ou en milieu rural, est désormais quotidiennement confronté, dans le cadre des successions dont le règlement lui est confié, à des problématiques d'ordre international.

À l'heure où certains retraités français investissent dans un bien immobilier au Portugal pour y passer leur retraite, où les Britanniques en font de même dans les campagnes françaises, où les plus jeunes se marient avec des non-nationaux, rencontrés à l'occasion de leurs études à l'étranger, et où les personnes actives sont de plus en plus mobiles pour les besoins de leur carrière, la profession notariale ne peut se désintéresser des enjeux du droit international privé en matière successorale.

Considéré jusqu'alors comme spécialiste en matière de règlement des successions, le notariat confortera ce statut en se positionnant comme expert par sa maîtrise de cette évolution de la société mondiale.

En présence d'une succession internationale, le notaire devra préférablement procéder à l'analyse qui va être exposée ci-après. Ce n'est qu'une fois que la loi matérielle française aura été désignée qu'il conviendra d'appliquer les règles de droit interne propres à cette dernière, lesquelles sont connues de tous les praticiens.

De façon liminaire, il est légitime de s'interroger sur ce qu'il faut entendre par « succession internationale ».

Il n'existe pas de définition juridique de ce qu'est une telle succession.

La pratique induit de considérer qu'une succession internationale est une succession qui comporte un ou plusieurs éléments d'extranéité.

En France, une succession (étymologiquement, du latin *succedere* : *succéder*) se définit communément comme étant « la transmission du patrimoine d'une personne décédée (*de cujus*) à une ou plusieurs personnes vivantes » (471).

Il découle de cette définition que, pour qu'une succession soit dite « internationale », des éléments d'extranéité doivent tenir à la qualité du défunt et/ou de ses héritiers (s'ils présentent des nationalités, ou des pays de résidence différents), ou encore à la situation des biens, notamment lorsque.

Pour appréhender une succession internationale, il faudra dans un premier temps se pencher sur l'aspect civil de celle-ci **(Titre I)**, ce qui amènera le praticien à manipuler principalement les règles de conflit de lois et subsidiairement celles de conflit de juridictions, mais aussi à être capable d'apporter une réponse éclairée aux problématiques fiscales **(Titre II)** qui découlent de ces situations.

(471) www.larousse.fr/dictionnaires

TITRE I

Les règles de conflit applicables à la succession

En matière successorale, la règle de conflit est une règle bilatérale, en ce qu'elle accepte que soit désignée tant la loi matérielle du *for* qu'une loi matérielle étrangère, et ce sans privilégier l'une par rapport à l'autre. 3349

La loi applicable à la succession est la loi dont le droit matériel va permettre de déterminer qui sont les héritiers et quels sont leurs droits respectifs.

La juridiction compétente est la juridiction qui, à l'occasion de l'apparition d'un contentieux successoral, aura à traiter du litige.

Pour chaque succession internationale, il faudra se poser la question de la loi applicable à celle-ci, mais aussi celle de la juridiction compétente en cas de survenance d'une situation conflictuelle.

La méthode proposée, objet de ce rapport, suppose une approche préalable convergente des successions à travers le monde **(Sous-titre I)**, qui aboutira à intégrer et à comprendre le raisonnement qu'impliquent les règles de droit international privé applicables au système français **(Sous-titre II)**.

SOUS-TITRE I

Vue mondiale sur les règles de conflit en matière successorale

Il est important, pour pouvoir déterminer la loi ou les lois applicables à une situation, d'avoir une connaissance, ou tout au moins une vue globale des différents systèmes de règles de conflit applicables aux successions à caractère international à travers le monde. 3350

La majorité des pays du monde est pourvue de règles de conflit dans leur droit international privé successoral interne.

Il existait, en 2011, 193 États reconnus dans le monde par l'Organisation des Nations unies (472).

Chaque État dispose d'un ordre juridique propre.

Opérer une classification des différents systèmes juridiques existant dans le monde permet de décrire et de regrouper ces différents ordres en familles de systèmes ayant des caractéristiques communes.

Ce procédé permet d'avoir un accès plus rapide aux informations générales, mais ne permet pas toujours de fournir une réponse sûre et adéquate.

(472) www.un.org/fr/sections/member-states/growth-united-nations-membership-1945-present/index.html

Il conviendra, une fois le ou les systèmes juridiques auxquels appartiennent les États concernés déterminés, de toujours vérifier les détails de l'information générale contenue dans le système, dans l'ordre juridique même des États concernés.

Selon les auteurs, on peut distinguer plusieurs familles de systèmes juridiques différents (473).

Il n'existe pas de nomenclature officielle de ces systèmes juridiques.

Force est de constater que, selon la matière étudiée (civile ou commerciale par exemple), un même pays peut migrer d'une famille vers une autre.

En matière successorale, il paraît possible de distinguer les familles suivantes : la famille de la *common law* (474), celle inspirée du droit romano-germanique puisant sa source dans le Code Napoléon, celle des systèmes juridiques allemands, celle des États anciennement communistes, celle des systèmes juridiques de l'Asie de l'Est également fondés sur le droit romano-germanique, celle des systèmes juridiques nordiques, et enfin celle de droit islamique (475).

Il apparaît également possible, selon l'Institut du notariat allemand, de retenir les systèmes juridiques fondés sur le droit coutumier comme formant une famille à part entière, même s'il semblerait qu'en matière successorale le regroupement de tels systèmes en une famille propre ne donne pas de résultat pertinent sur le fond.

De cette classification en familles juridiques découlent en matière successorale deux conséquences.

D'une part, cela permet de déterminer ce qui, dans chaque famille, rentre dans la qualification de ce qui est rattaché juridiquement au regard de chaque ordre interne au domaine des successions (c'est l'action pour le professionnel du droit de qualifier).

D'autre part, cela permet d'identifier les éléments de rattachement (476) que retiennent chacune de ces familles pour déterminer la loi applicable.

Une règle de conflit résulte, comme il a été expliqué dans la première commission (477), d'une qualification et d'un élément de rattachement. En matière successorale, c'est principalement la détermination de cet élément de rattachement qui peut poser une difficulté au praticien.

(473) R. David et G. Grassmann, *Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart*, 3e éd. allemande, 1988. – V. aussi : G. Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporains, Introduction au droit comparé*, LGDJ, coll. « Manuels-Droit privé », 3e éd. 2015.

(474) Pour illustrer le propos précédent indiquant que l'appartenance à une famille juridique donne des informations générales sur le contenu de la loi matérielle des États en faisant partie : on peut noter, par exemple, que les pays faisant partie de la famille de la *common law* retiennent en matière successorale : une scission de la succession quant aux éléments de rattachement désignant la loi applicable aux biens meubles et celle applicable aux immeubles (V. *infra*, no 3361), la présence de deux témoins pour la validité des testaments, une liquidation de la succession réalisée par un exécuteur ou un administrateur. Encore, dans ces pays, l'institution de la réserve héréditaire est remplacée par un droit à pension alimentaire attribué par le juge suivant les règles de l'équité en fonction du contexte. *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*: www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63.

(475) C. Hertel, directeur *Deutsches Notarinstitut* (DNotI – Institut notarial allemand), Würzburg, *Systèmes juridiques dans le monde : Notarius International* 1-2/2009.

(476) Également appelés *connecting factors* en anglais.

(477) V. *supra*, nos 1019 et s.

En présence d'une situation internationale, le notaire, après s'être assuré que la situation qui lui est soumise emporte bien la qualification juridique de « succession » (478), va devoir déterminer, grâce aux éléments de rattachement retenus par les différents États en présence, quelle est la loi ou quelles sont les lois applicables à cette situation.

Il existe différents groupes et sous-groupes d'éléments de rattachement retenus par les règles de conflit des différents pays du monde.

Il existe une dichotomie principale qui peut être mise en avant entre deux groupes : le groupe des éléments de rattachement dits « unitaires » et celui des éléments de rattachement dits « scissionnistes ». Au sein de chaque groupe, des subdivisions se distinguent.

CHAPITRE I Les systèmes unitaires

Un système unitaire est un système qui dispose d'un seul élément de rattachement, lequel va permettre de désigner la loi applicable à l'intégralité du patrimoine d'une personne. **3351**

Il en découle que la loi désignée s'appliquera tant à ses biens mobiliers qu'à ses biens immobiliers.

Il convient de dénombrer six systèmes unitaires.

Selon l'élément de rattachement unique retenu par l'État, deux situations peuvent apparaître. La mise en œuvre de l'élément de rattachement conduit à la désignation d'une seule et unique loi nationale **(Section I)**. Mais la mise en œuvre de l'élément de rattachement peut aussi conduire à la désignation d'une pluralité de lois nationales (dépeçage) **(Section II)**.

Section I Rattachement unique aboutissant à l'application d'une loi unique

Il est possible de recenser, parmi les éléments de rattachement aboutissant à l'application d'une loi unique : la nationalité du défunt **(§ I)**, la dernière résidence du défunt **(§ II)**, la résidence habituelle du défunt **(§ III)**, la résidence du défunt si celle-ci est effective depuis plus de cinq ans, avec un rattachement subsidiaire pour celui de la nationalité, sur requête pour le cas où cette condition de durée fait défaut **(§ IV)**, la loi du *for* **(§ V)**, et enfin la loi du dernier domicile du défunt **(§ VI)**. **3352**

§ I La nationalité

Par application de la nationalité comme élément de rattachement, la loi matérielle applicable à tous les biens composant la succession du défunt sera la loi de l'État dont le défunt avait la nationalité le jour de son décès. Cette loi s'appliquera à tous les biens que le défunt **3353**

(478) Entrent dans la qualification de problèmes liés aux successions : les causes d'ouverture de la succession, les qualités pour succéder, la répartition des parts successorales, les modalités de transmission du patrimoine, les modalités de partage, les testaments (Centre notarial de droit européen, Techniques et raisonnements de droit international privé).

possédait le jour de son décès, qu'ils soient de nature mobilière ou immobilière et quel que soit le lieu où ils se trouvent.

Ce système est celui qui s'applique dans de nombreux pays du monde, notamment en Afghanistan, en Algérie, en Andorre, en Angola, en Arabie saoudite, au Bahreïn, en Bosnie-Herzégovine, au Burundi, au Cap-Vert, en Corée du Sud, à Cuba, en Égypte, aux Émirats arabes unis, en Géorgie, en Iran, en Irak, au Japon, en Jordanie, au Koweït, au Laos, au Liban, en Libye, au Liechtenstein, en Macédoine, en Mauritanie, au Maroc, au Monténégro, au Mozambique, en Niger, aux Philippines, au Qatar, au Rwanda, au Sénégal, en Serbie, en Slovaquie, en Slovénie, en Somalie, au Soudan, au Suriname, en Syrie, à Taïwan. D'autres États utilisent également ce critère, toutefois assorti d'aménagements.

§ II La dernière résidence

3354 La dernière résidence est l'élément de rattachement qui retient la loi de l'État de la dernière résidence du défunt comme critère unique de détermination de la loi applicable. La notion de résidence est très présente dans les pays appartenant aux systèmes de droit continental. Un développement lui sera consacré ci-après dans le chapitre dédié au droit international privé français. De nombreux pays utilisent cet élément de rattachement, tels que notamment le Danemark, l'Islande, Israël, Macao, la Norvège, le Pérou et d'autres États qui là encore utilisent cet élément de rattachement en prévoyant des correctifs à l'application systématique de celui-ci.

§ III La résidence habituelle

3355 La résidence habituelle est l'élément de rattachement utilisé depuis l'entrée en vigueur du règlement (UE) n° 650/2012 dont il sera question ci-après (479).

Dans les États membres de l'Union européenne à l'exception du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni, la loi applicable à la succession d'une personne est celle de sa résidence habituelle considérée le jour de son décès.

Les États utilisant ce rattachement sont : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, Chypre, la Croatie, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Italie, la Lituanie, la Lettonie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la République tchèque, la Roumanie, la Slovaquie, la Slovénie et la Suède.

§ IV La dernière résidence sous condition de durée

3356 Un autre élément de rattachement a été mis en place par la convention nordique (480), en ce qui concerne le Danemark, la Norvège, l'Islande, la Finlande et la Suède. Il s'agit de la dernière résidence sous condition de durée. Lorsque la situation internationale met en jeu inclusivement plusieurs de ces cinq États, l'élément de rattachement servant à désigner la loi applicable à la succession du défunt est la dernière résidence de celui-ci, si celle-ci a eu une durée minimum de cinq années. À défaut, « au cas cependant où le défunt n'aurait pas été

(479) V. *infra*, n° 3407.

(480) Accord entre le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède signé à Copenhague le 9 décembre 1975, portant modification de la convention nordique du 19 novembre 1934, relative à l'héritage et à la liquidation des successions (https://treaties.un.org/doc/publication/UNTS/Volume%201021/v1021.pdf).

résidant de cet État depuis cinq ans, c'est la législation de l'État dont il était ressortissant qui sera appliquée, si un héritier ou un légataire dont les droits sont fondés sur cette législation le requiert » (481).

§ V Le *for*

La loi du *for* est la loi du juge saisi (482). Il existe autant de lois du *for* qu'il y a d'États dans le monde. Cet élément de rattachement, certainement parce qu'il est difficile à appréhender en pratique, est de fait peu utilisé. Peu d'États s'y réfèrent ; on le retrouve notamment dans la partie est du Cameroun. **3357**

§ VI Le dernier domicile du défunt

Récemment, la Principauté de Monaco, par une loi nº 1.448 du 28 juin 2017, a modifié sa règle de conflit en matière successorale en retenant un élément de rattachement unique pour déterminer la loi applicable à toute succession comportant des éléments d'extranéité. Ce rattachement est celui « du domicile du défunt au jour de son décès » (483). **3358**

Cet exemple de modification récente de la règle de droit international privé opéré par cette principauté doit amener chacun des professionnels que sont les notaires à vérifier systématiquement les éléments de rattachement en vigueur retenus par les États concernés par la succession dont ils sont saisis au moment où ils procèdent au règlement de celle-ci.

Si les six éléments de rattachement unitaire qui viennent d'être énoncés favorisent une unité de la loi applicable à une succession internationale, il existe un élément de rattachement qui, bien qu'unique, aurait tendance à aboutir à un morcellement de la succession en ce que, lorsqu'il est mis en jeu, il en résulte l'application de plusieurs lois à une même succession.

Section II Rattachement unique aboutissant à l'application d'une pluralité de lois

Il s'agit de la loi du lieu de situation des biens dépendant de la succession, dite *lex rei sitae*. **3359**

Dans les pays retenant pour élément de rattachement ce critère spatial de situation des biens, il ne sera pas rare d'aboutir à ce que l'on appelle le « dépeçage » de la succession. Dans ces cas, celle-ci devra être réglée en conformité avec autant de lois qu'il y aura de biens, tant meubles qu'immeubles, situés dans différents États.

(481) Accord modificatif de la convention nordique préc., art. premier.

(482) Sur la *lex fori*, V. P. Carlier, *L'utilisation de la* lex fori *dans la résolution des conflits de loi*, thèse droit, Université du Droit et de la Santé, Lille II, 2008.

(483) Ainsi Me S. Lerond et Me X. Lordkipanidze, avocats spécialistes en patrimoine et en fiscalité internationale, commentent : « La nouvelle loi monégasque définit le domicile comme le lieu du principal établissement. Dans la plupart des cas, ce critère du dernier domicile devrait correspondre à celui européen de la "dernière résidence habituelle du défunt", évitant ainsi les conflits de lois successorales entre les États de l'Union et Monaco. Ainsi tout résident monégasque qui détiendra des biens à la fois à Monaco et dans différents États de l'UE aura sa succession soumise à une loi unique : la loi monégasque » (*Une réforme du droit monégasque facilite le règlement des successions internationales : LEXplicite* 24 oct. 2017 [www.lexplicite.fr/une-reforme-du-droit-monegasque-facilite-le-reglement-des-successions-internationales]).

Cet élément de rattachement est notamment retenu par le droit international privé de la plupart des provinces du Mexique et en Uruguay.

Parallèlement à ces systèmes à éléments de rattachement uniques, il existe un second groupe d'États qui utilise plusieurs éléments de rattachement selon la nature des biens dépendant de la succession du défunt. Ces États appliquent le système de la scission.

CHAPITRE II Les systèmes scissionnistes

3360 Également connus sous le nom de « systèmes dualistes », les systèmes scissionnistes appliquent des éléments de rattachement différents selon que l'on considère les biens mobiliers ou immobiliers dépendant d'une même succession. Plusieurs déclinaisons de combinaisons existent.

Section I Le domicile pour les meubles et la *lex rei sitae* pour les immeubles

3361 Les États qui utilisent ce système disposent de deux éléments de rattachement. Concernant les biens mobiliers, c'est la loi de l'État dans lequel le défunt avait son domicile au moment où le décès qui trouvera application.

Par domicile, il faut entendre le domicile tel qu'il est défini au sein de la famille juridique de la *common law* (484).

Concernant les biens immobiliers, ceux-ci seront dévolus selon la loi de leur situation (*lex rei sitae*).

De nombreux États utilisent en matière successorale cette paire d'éléments de rattachement, dont notamment : l'Australie, l'Afrique du Sud, les Bahamas, le Bangladesh, la Barbade, le Botswana, la partie ouest du Cameroun, la partie anglophone du Canada, les îles Caïman, le Royaume-Uni, la Gambie, le Ghana, la Guyane, Hong Kong, la majeure partie de l'Inde,

(484) « Domicile is the connecting factor traditionally used in common law system. It has typically been a tricky concept to define but domicile is generally regarded to be the place where one has, or is deemed by law to have, his permanent home, thus giving effect to a relationship between an individual and a single system of territorial law. No person can be without a domicile, even if they lack a permanent home. Similary, one person that owns more tahn one home cannot have more than one domicile at a given time. An existing domicile is presumed to continue until a change is proven by the propositus ont he balance of probabilities. There is no uniform concept of domicile and so interpretation of its meaning is largly left open to the lex fori, however, a definition of domicile is given statutory effect in Civil Jurisdiction and Judgment Act 1982 and 1991, the Inheritance Act 1984 and the Brussel I Regulation. Habitual residence, on the other hand, is becoming ever more popular as a connecting factor, both in allocating jurisdiction and applicable law. This is principally due to the increasing use of habitual residence in modern harmonisation instruments, particularly in the field of family law, but also in the commercial arena. Currently habitual Residence lacks any specific meaning and has been left open for judicial interpretation. The absence of a definition from any of the legislating instruments it appears in is intentional in order to move away from technical rules which can produce rigidity and inconsistencies as between different legal system such is associated with concepts of the domicile and nationality. Nonetheless, case law doesn't provide some guidance on how it works in practice. This openness of interpretation means that determination of its meaning may vary considerably from one territory to another and may even cause friction within the hierarchy of legal system » (www.lawteacher.net/free-law-essays/commercial-law/domicile-in-common-law-systems-commercial-law-essay.php).

l'Irlande, la Jamaïque, le Kenya, le Lesotho, le Liberia, la Malaisie, le Malawi, Myanmar, la Namibie, la Nouvelle-Zélande, le Nigeria, l'Ouganda, la Papouasie-Nouvelle-Guinée, les Seychelles, la Sierra Leone, Singapour, le Sri Lanka, Sainte Lucie, la Tanzanie, Trinité-et-Tobago, les États-Unis d'Amérique, la Zambie et le Zimbabwe.

D'autres États utilisent ce critère, toutefois assorti d'aménagements.

Section II La dernière résidence pour les meubles et la *lex rei sitae* pour les immeubles

3362 Ce système s'apparente à celui exposé ci-dessus et fonctionne de la même manière. Il dispose de deux éléments de rattachement qui sont la dernière résidence pour les meubles et le lieu de situation (*lex rei sitae*) pour les immeubles.

Par « résidence », il faut retenir le lieu où se trouve en fait une personne, par opposition au domicile où elle est située en droit (485).

Parmi les États qui utilisent ces éléments de rattachement, il est possible de citer : la République d'Afrique centrale, la Chine, Madagascar, la Moldavie, la Mongolie, la Russie, la Thaïlande, le Turkménistan.

Là encore, il convient de noter que d'autres États utilisent cette combinaison d'éléments de rattachement tout en prévoyant un certain nombre de correctifs en fonction du contexte d'espèce.

Section III La nationalité pour les meubles et la *lex rei sitae* pour les immeubles

3363 Les États disposant de ce système retiennent la combinaison de deux éléments de rattachement pour déterminer la ou les lois applicables à une succession internationale.

Les biens mobiliers seront dévolus conformément à la loi dont le défunt avait la nationalité, ses immeubles se verront eux appliquer la loi de l'État ou ils sont situés.

Parmi les pays faisant usage de cette paire d'éléments de rattachement, on peut compter : l'Albanie, la République dominicaine, Saint-Marin. D'autres États utilisent également ce système avec certains aménagements.

Section IV Autres éléments de rattachement

3364 Certains États retiennent des éléments de rattachement qui diffèrent selon les situations en cause et qui parfois, pour des situations quasi similaires, diffèrent.

(485) « L'un des critères de la résidence est contrairement au domicile, une certaine instabilité. C'est pourquoi tous les actes d'état civil et les actes judiciaires se réfèrent au domicile et non à la résidence, en raison de la présomption de précarité de celle-ci. Cependant, les deux notions de domicile et de résidence peuvent être confondues lorsqu'une personne réside au lieu où elle possède son principal établissement » (www.universalis.fr/encyclopedie/domicile-et-residence).

C'est notamment le cas de la Tunisie qui retient, en fonction des cas : la loi de la nationalité, la loi du domicile ou la loi de situation des biens.

Le notaire, en présence d'une situation mettant en jeu l'un de ces États, sera donc être particulièrement vigilant.

Section V Incertitude sur l'élément de rattachement retenu et absence d'élément de rattachement

3365 Il est important de garder à l'esprit que les éléments de rattachement exposés ci-dessus découlent soit de règles statutaires mises en place par les États, soit de leur jurisprudence.

Il en résulte que pour certains États, l'élément de rattachement est inconnu – c'est notamment le cas du Bhoutan et de la Corée du Nord – ou encore, s'il est connu, que l'élément de rattachement supposé adopté puisse donner lieu à des interrogations.

Il pourra ici être intéressant, pour le notaire français confronté à un État pour lequel il existe un doute sur l'élément de rattachement retenu, de se faire communiquer un certificat de coutume ou une *legal opinion* par un professionnel qualifié, compétent dans ledit État pour traiter des questions juridiques liées aux successions internationales.

Il faudra retenir par exemple que, pour les pays suivants, l'élément de rattachement semble être la loi nationale du défunt, mais qu'il subsiste un doute : ce sera le cas notamment pour Djibouti, La Guinée équatoriale, la Guinée-Bissau, le Mali, Oman.

Également, le même type de doute subsiste pour l'Érythrée et l'Éthiopie qui retiennent, *a priori*, pour élément de rattachement la dernière résidence du défunt.

De la même manière, des questionnements existent au sujet de la Bolivie, du Cambodge, de la Guinée, d'Haïti, de l'île Maurice et du Vietnam, qui retiendraient le système scissionniste de la dernière résidence du défunt pour les meubles et le *situs* (*lex rei sitae*) pour les immeubles.

Parallèlement, les mêmes interrogations se posent dans la branche cousine du dernier système évoqué, celle des États retenant pour éléments de rattachement le domicile du défunt pour les biens mobiliers et la *lex rei sitae* pour les biens immobiliers, parmi lesquels un doute subsiste pour le Belize, Fidji, les Maldives, Nauru, les îles Salomon, Samoa, et Tonga.

Enfin, il convient de ne pas oublier le Népal, au sujet duquel il existe un doute sur l'application de la *lex fori* comme élément de rattachement retenu.

Cette vue mondiale sur les règles de conflit dressée, il faudra, pour le notaire qui devra raisonner *lege fori* (486), comprendre comment va s'articuler le droit international privé français en présence des éléments de rattachement dont disposent les autres États.

(486) Sur la nécessité du raisonnement *lege fori*, l'arrêt de principe *Caraslanis*, rendu par la Cour de cassation le 22 juin 1955, pose le principe selon lequel l'autorité saisie, en l'espèce le juge, doit qualifier *lege fori*, c'est-à-dire selon ses propres concepts et conceptions. Il semble donc qu'une telle démarche puisse être transposée au raisonnement que doit observer le notaire en charge d'analyser et régler une succession internationale. V. *supra*, commission 1, n° 1021.

SOUS-TITRE II

Méthode de traitement d'une succession internationale

Le raisonnement du notaire français confronté à une succession dite « internationale » devra intervenir en plusieurs étapes. **3366**

Il devra, dans un premier temps, s'assurer que le traitement de cette succession nécessite de mettre en place un raisonnement juridique de droit international privé.

Dans l'affirmative, il devra ensuite déterminer la ou les lois applicables à la succession. Pour ce faire, il devra, préalablement à tout raisonnement, identifier si une loi de police entre en jeu, puis mettre en place un raisonnement conflictuel, c'est-à-dire appliquer les éléments de rattachement des États concernés par la situation d'espèce. La mise en œuvre de ce rattachement va permettre de désigner le système juridique dont va découler l'application de la loi matérielle qui permettra de dresser la dévolution successorale. À cette occasion, il se peut alors qu'il ait à appliquer un certain nombre de correctifs parmi lesquels figurent la fraude à la loi et le renvoi.

De plus, il conviendra pour le notaire français de vérifier le contenu de la loi. Si cette loi est la loi étrangère, il devra vérifier si celle-ci ne heurte pas les valeurs de l'ordre juridique français : l'ordre public français en matière internationale. Certains mécanismes aboutiront à rejeter les dispositions de cette loi, d'autres au contraire à la laisser produire des effets. À l'issue de ces étapes, la loi ou les lois selon lesquelles la dévolution successorale doit être établie seront déterminées.

Une fois la dévolution établie, se posera ensuite au praticien la question d'assurer l'efficacité des actes qu'il aura pu dresser. Il devra ainsi s'interroger sur l'opportunité de rédiger un type d'acte plutôt qu'un autre. Il lui incombera de déterminer les actes qu'il devra rédiger en vue de leur faire produire des effets à l'étranger et ceux qu'il convient de recueillir des autorités compétentes étrangères, en vue de leur faire produire des effets sur le territoire français.

Enfin, dans l'éventualité d'un contentieux ou parce qu'il peut en être de l'intérêt des héritiers, le notaire devra vérifier la potentielle compétence juridictionnelle des États concernés par la situation (tout au moins celle des juridictions françaises).

Ce raisonnement s'articulera autour d'une date cruciale, qu'il convient de retenir en droit international des successions : celle de l'entrée en application de la quasi-totalité des dispositions du règlement (UE) n° 650/2012 du 17 août 2015.

De façon à répondre à la mobilité croissante des individus et à proposer une simplification du traitement des successions au-delà des frontières, chaque État appliquant des règles différentes dont les racines sont parfois éloignées, le règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil, 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, a été adopté le 4 juillet 2012. **3367**

Ce texte, aussi appelé règlement « Successions » ou « Brussels IV » (487), inspiré de la convention de La Haye du 1er août 1989 sur la loi applicable aux successions (488), constitue le droit positif des successions internationales applicables dans tous les États membres de l'Union européenne, à l'exception du Royaume-Uni, de l'Irlande et du Danemark (489).

Il est entré en vigueur le 16 août 2012 (490), et en application le 17 août 2015, à l'exception de certaines dispositions (491).

Le règlement comporte des dispositions transitoires, parmi lesquelles l'article 83, 1 prévoit qu'il s'applique au décès de toute personne intervenu à compter du 17 août 2015. Le même article, dans ses 2, 3 et 4, prévoit la possibilité de donner effet au choix de loi et aux pactes successoraux mis en place antérieurement par le défunt, à la condition que le décès soit intervenu le 17 août 2015 ou ultérieurement.

Il comporte quatre-vingt-trois considérants et quatre-vingt-quatre articles, qui ont vocation à apporter une technique de résolution simplifiée applicable aux successions des personnes ayant des intérêts patrimoniaux situés dans au moins deux pays. Le règlement, du fait de son caractère « universel », est applicable quand bien même l'un des deux États en jeu ne serait pas un État signataire.

Le règlement offre, au moyen de l'article 22, une place jusqu'alors jamais encore égalée dans cette matière à l'autonomie de la volonté des individus. En effet, chaque personne a désormais la possibilité de choisir la loi de sa nationalité ou d'une de ses nationalités comme applicable à la succession de l'intégralité de son patrimoine. Elle pourra effectuer ce choix en régularisant une *professio juris*.

À défaut d'un tel choix, poursuivant un objectif d'harmonisation entre le *for* et le *jus* (492), le règlement met en place un élément de rattachement unique, celui de la résidence habituelle du défunt, qui donne compétence d'application à la loi de l'État dans lequel elle se trouve.

Ce principe est posé par l'article 21.

Combinée au principe d'application universelle dont dispose l'article 20, la loi ainsi désignée s'applique, qu'il s'agisse de celle d'un État membre ou d'un État tiers, à l'intégralité des biens du défunt, sans qu'il soit nécessaire de distinguer entre la nature juridique des biens.

Enfin, le règlement dispose, au paragraphe 2 de l'article 21, d'un correctif appelé « clause de sauvegarde », qui, il faut le souligner, doit rester d'utilisation absolument exceptionnelle, et

(487) Par la communauté *anglo-saxonne*.

(488) Ce texte n'est pas entré en vigueur en France. Il dispose d'un élément de rattachement unique combinant la résidence habituelle et la nationalité du défunt, d'un choix de loi alternatif entre ces deux éléments, de dispositions spécifiques relatives aux successions contractuelles.

(489) Le Royaume-Uni, l'Irlande, le Danemark et les États hors Union européenne seront appelés « États tiers » dans les développements consacrés à ce rapport.

(490) Conformément à son article 84, alinéa 1.

(491) Les articles 77 et 78 sont applicables depuis le 16 janvier 2014, et les articles 79, 80, et 81 depuis le 5 juillet 2012.

(492) *For* vient du latin. Chez les Romains, le tribunal siégeait sur la place publique dénommée le *forum*. Il s'emploie dans certaines expressions juridiques telles que « la loi du *for* », traduction de *lex fori* utilisée en particulier en droit international pour exprimer que la loi qui doit être appliquée à une situation déterminée est la loi du lieu où la juridiction qui a été saisie est en vigueur (www.dictionnaire-juridique.com/definition/for.php).
Jus: à Rome, ensemble des règles qui régissaient les rapports des hommes entre eux (www.larousse.fr/encyclopédie/divers/jus/63597).

qui permet, dans le cas où lors du décès, le défunt entretenait des liens manifestement plus étroits avec un autre État que celui de sa résidence habituelle, d'appliquer la loi de cet État.

Bien que le règlement s'applique à toute la matière successorale (lieu d'ouverture, dévolution *ab intestat* ou volontaire, liquidation, partage et administration), l'article 1, 2 de ce dernier exclut expressément de son champ d'application matériel certains domaines tels que notamment : les donations, les contrats d'assurance vie, les tontines, les *trusts*, les régimes matrimoniaux, à matière fiscale, les obligations alimentaires...

Le règlement met également en place un outil européen normalisé, appelé « certificat de succession européen », permettant aux héritiers de faire valoir leurs qualités héréditaires au sein des États membres.

C'est à l'aune de ce règlement européen que le notaire devra mettre en place un raisonnement lui permettant de résoudre efficacement une succession laissant apparaître un ou plusieurs éléments d'extranéité.

CHAPITRE I Nécessité du raisonnement de droit international privé

Bien que cela puisse surprendre, en matière successorale, tout élément d'extranéité présent dans une situation ne générera pas obligatoirement la nécessité de mettre en œuvre un raisonnement de droit international privé. **3368**

Il convient, dans un premier temps, de s'intéresser aux éléments impliquant un réflexe de droit international privé.

Section I Les éléments d'extranéité devant induire un raisonnement de droit international privé

Il est possible de distinguer trois types d'éléments d'extranéité : **3369**
- ceux touchant à la personne du défunt **(Sous-section I)** ;
- ceux touchant aux biens dépendant de la succession **(Sous-section II)** ;
- ceux touchant le cas échéant aux héritiers **(Sous-section III)**.

Sous-section I Éléments en rapport avec le défunt

Les éléments en rapport avec le défunt peuvent être sa nationalité **(§ I)** ou sa résidence habituelle **(§ II)**. **3370**

§ I La nationalité

Si le défunt à une nationalité étrangère, il faudra mettre en œuvre un raisonnement de droit international privé. **3371**

Il peut s'agir de la nationalité d'un État membre ou de la nationalité d'un État tiers. Il n'y a pas lieu de différencier.

Lorsque le défunt dispose de plusieurs nationalités (de la nationalité française et également d'une ou plusieurs autres nationalités), il faudra considérer qu'un raisonnement de droit international privé doit être mis en œuvre. En effet, comme il sera développé ci-après, le défunt pourra le cas échéant avoir opéré un choix de loi applicable au profit d'une de ses nationalités étrangères.

§ II La résidence habituelle

3372 Lorsque la résidence habituelle du défunt est située à l'étranger, il faudra mettre en œuvre un raisonnement de droit international privé. Là encore, il n'y a pas lieu de distinguer si cette résidence est située sur le territoire d'un État membre ou sur celui d'un État tiers.

Si le défunt n'a pas de nationalité étrangère, ou une résidence habituelle à l'étranger, il convient de s'intéresser au lieu de situation des biens composant sa succession.

Sous-section II Éléments en rapport avec les biens dépendant de la succession

3373 Si les biens dépendants de la succession sont situés sur le territoire d'un pays étranger, il faudra mettre en œuvre un raisonnement de droit international privé, qu'il s'agisse d'un État membre ou d'un État tiers.

Sous-section III Éléments en rapport avec les héritiers

3374 La nationalité étrangère et/ou une résidence à l'étranger, d'un mineur ou d'un majeur vulnérable envisagés sous l'angle de leur représentation, constituent des éléments induisant un raisonnement de droit international privé.

Si le défunt n'a pas de nationalité étrangère, de résidence habituelle à l'étranger, et s'il ne possède pas de biens situés hors de France, si les héritiers ne sont pas des mineurs ou des majeurs vulnérables, il n'y a pas lieu de déclencher une analyse de droit international privé.

Attention, cela ne veut pas dire *a contrario* que seule une situation franco-française dispense d'engager une telle analyse.

En effet, certains éléments du contexte successoral en présence peuvent être qualifiés d'internationaux, sans pour autant constituer des éléments devant initier un raisonnement de droit international privé.

Section II Les éléments d'extranéité n'induisant pas de raisonnement en droit international privé

3375 Les éléments d'extranéité ayant trait à la résidence et à la nationalité des héritiers (autres que mineurs et majeurs vulnérables) n'ont **civilement** pas vocation à induire un raisonnement de droit international privé.

Il convient de signaler ici qu'il en va tout autrement lorsque l'on aborde l'aspect de la fiscalité applicable à la succession, ce qui sera développé dans le titre II *infra*.

De façon à aider le praticien à anticiper la nécessité d'un raisonnement de droit international privé successoral, il est proposé le tableau synoptique ci-après.

Section III Tableau synoptique

Il convient, pour le praticien, d'analyser la succession à laquelle il est confronté au vu de ce tableau, en soumettant à celui-ci l'ensemble des éléments en présence. 3376

Tableau synoptique

Éléments devant faire l'objet d'investigations			
DÉFUNT	Nationalité	Française	Non fondé
		État membre	Fondé
		État tiers	Fondé
	Résidence habituelle	France	Non fondé
		État membre	Fondé
		État tiers	Fondé
HÉRITIERS	Nationalité	Française	Non fondé
		État membre	Non fondé Fondé si mineur ou majeur vulnérable
		État tiers	Non fondé Fondé si mineur ou majeur vulnérable
	Résidence	France	Non fondé
		État membre	Non fondé Fondé si mineur ou majeur vulnérable
		État tiers	Non fondé Fondé si mineur ou majeur vulnérable
BIENS	Situation	France	Non fondé
		État membre	Fondé
		État tiers	Fondé
Si vous avez répondu une seule fois « fondé », il convient de mettre en œuvre un raisonnement de droit international privé.			

Un raisonnement de droit international privé devant être mis en œuvre, le praticien devra alors débuter celui-ci par la détermination de la loi applicable.

CHAPITRE II Détermination de la loi applicable à la succession

Pour déterminer la loi applicable à la succession, qui permettra ainsi de dresser la dévolution, il conviendra dans un premier temps de procéder à une vérification impérative : celle de l'existence d'une loi de police. 3377

Une fois cette vérification opérée et sa conclusion étant négative, le notaire devra s'intéresser à la mise en œuvre du mécanisme des règles de conflit.

C'est le raisonnement conflictuel. La première étape à suivre est de mettre en œuvre la règle de conflit de lois dont dispose le *for*.

En l'occurrence, si le notaire français est saisi d'une succession, il devra appliquer la règle de conflit française. Il est dit qu'il amorce ainsi son raisonnement en se positionnant *lege fori*.

Ce n'est qu'après application de la règle de conflit française que l'on aboutira le cas échéant à désigner l'ordre juridique d'un État comme applicable à la succession du défunt.

Il faut donc bien garder à l'esprit que c'est le « droit » du pays qui est ainsi désigné (le cas échéant, en ce compris ses règles de droit international privé).

Il conviendra alors d'appliquer en premier lieu, la règle de conflit édictée par le droit international privé de celui-ci, pour vérifier si cet État accepte sa compétence (dans l'affirmative, il sera alors fait application du droit interne de ce pays) ou si celui-ci désigne l'ordre juridique d'un autre État.

La règle française de conflits de loi en matière successorale a évolué dans le temps. Elle dépend de la date du décès du défunt.

Le raisonnement doit s'articuler autour de la date du 17 août 2015, date d'entrée en application du règlement « Successions ».

Section I Décès intervenu avant le 17 août 2015

3378 Pour les décès intervenus avant le 17 août 2015, la règle de conflit française implique, après la recherche de l'existence d'une loi de police, la mise en œuvre des éléments de rattachement retenus par le droit international privé français qui disposait à l'époque d'un système scissionniste.

Sous-section I Recherche de l'existence d'une loi de police

3379 La recherche de l'existence d'une loi de police s'avère primordiale puisqu'elle commande d'appliquer la loi du *for* sans mettre en œuvre le raisonnement conflictuel classique.

Concrètement, « [l]'attention est focalisée sur la loi du for, la loi étrangère désignée par la règle de conflit n'étant pas écartée en raison de son contenu ou du résultat qu'elle produit mais car seule la norme du for convient » (493).

L'intérêt étatique étant, selon Francescakis, en jeu, il est cohérent d'appliquer dès le départ la *lex fori* (494).

(493) N. Nord, *Ordre public et loi de police en droit international privé*, thèse dactyl. Strasbourg III, 2003, spéc. § 14, p. 9. Thèse disponible à l'adresse suivante : http://cdpf.unistra.fr.

(494) Francescakis, *Rép. dr. int.* Dalloz, 1969, V° *Conflits de lois (principes généraux)*, n° 122 ; *Quelques précisions sur les lois d'application immédiate : Rev. crit. DIP* 1966, 1, spéc. p. 12-13 ; *Lois d'application immédiate et règles de conflit : Rev. crit. DIP* 1967, p. 691 ; *Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ?*, Travaux comité fr. DIP, 1966-1969, p. 149 et s., spéc. p. 165.

Une telle pratique permet d'éviter l'écueil de la mise en œuvre de la règle de conflit de lois et de la recherche, souvent délicate, du contenu de la loi étrangère, pour finalement l'écarter par l'usage du mécanisme de l'exception d'ordre public international (495).

Les lois de police, aussi appelées lois d'application immédiate, sont définies par Francescakis comme des lois « dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays » (496).

Dit autrement, les lois de police sont des lois s'avérant si importantes qu'elles ne peuvent être mises à l'écart, y compris dans une situation à caractère international. Elles interviennent avant tout raisonnement conflictuel dans le but de préserver les intérêts essentiels de l'État en cause.

Aussi, avant de rechercher la loi applicable conformément à la règle de conflit de lois, il conviendra pour le notaire de vérifier s'il existe une loi de police française à vocation internationale.

L'identification des lois de police peut s'avérer complexe. Il existe deux hypothèses.

Première hypothèse : le législateur qui a adopté une loi délimite lui-même son champ d'application (ce premier cas de figure est cependant rare).

Seconde hypothèse : la jurisprudence recherche la volonté du législateur. Ainsi a-t-il pu être jugé que « les règles relatives à l'attribution préférentielle sont, en raison de leur destination économique et sociale, des lois de police de sorte qu'ont vocation à s'appliquer celles que fixe la loi du lieu de situation de l'immeuble » (497).

Dans la plupart des cas, la recherche d'une loi de police s'avérera négative et impliquera la mise en place d'un raisonnement conflictuel.

Sous-section II Les règles de rattachement prévues par le système de droit international privé français

Le système de droit international privé français applicable aux successions résultant d'un décès intervenu avant le 17 août 2015 est un système scissionniste (498). **3380**

(495) Il faut cependant noter que les mécanismes de loi de police et d'exception d'ordre public international ne se confondent pas. Sur cette distinction, V. N. Nord, *Ordre public et loi de police en droit international privé*, thèse préc.

(496) Francescakis, *Rép. dr. int.* Dalloz, préc., spéc. n° 137 ; *Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ?*, communication préc., spéc. p. 165. D'autres auteurs ont pu retenir d'autres définitions des lois de police. À titre d'illustration, peut être citée la définition de Pierre Mayer pour qui les lois de police sont des « règles impératives qui, selon le droit du pays dont elles émanent, sont applicables quelle que soit la loi désignée par la règle de conflit de ce pays » : P. Mayer, *Rép. dr. int.* Dalloz, V° *Lois de police*, n° 1.

(497) Cass. 1re civ., 10 oct. 2012 : *JCP* G 2012, 1368, note L. Perreau-Saussine ; *JCP* N 2013, n° 13, 1069, note S. Godechot-Patris ; *JDI* 2013, p. 119, concl. P. Chevalier, note E. Fongaro ; *RD rur.* 2013, n° 412, comm. 77, J. Foyer.

(498) Sur la justification de ce choix, Hélène Péroz et Éric Fongaro précisent : « Certains auteurs ont souligné qu'il y a plus d'avantages à une scission de la règle de conflit en matière de succession internationale. Pour Jacques Héron, la succession peut être abordée sous deux angles. Dans la liaison horizontale, les héritiers succèdent au patrimoine de leur auteur, c'est donc l'ensemble des biens qui doit être pris en compte, ce qui tend à désigner une loi unique applicable à l'ensemble du patrimoine. La liaison verticale met en évidence la cohérence du règlement de la succession dans un ordre juridique, de la détermination des successibles, jusqu'à son partage. Il faut alors raisonner bien par bien afin de respecter cette cohérence dans le règlement de la succession et accepter le morcellement de la succession. Selon, l'auteur, le respect de la liaison verticale, doit être préféré à celui de la liaison horizontale, et doit donc conduire pour les immeubles à l'application de la *lex rei sitae*. Le système de la scission est donc privilégié, même si on reconnaît les risques d'incohérence auxquels il peut conduire ». V. *supra*, n° 3360.

Il faut alors opérer un raisonnement s'appliquant distinctement à deux types de biens : les biens immobiliers, et les biens mobiliers.

§ I Loi du dernier domicile du défunt pour les biens mobiliers

3381 Pour une succession ouverte suite à un décès intervenu avant le 17 août 2015, les biens mobiliers sont, depuis l'arrêt de principe *Ladeban* (499), soumis à la loi de l'État sur le territoire duquel le défunt avait son dernier domicile.

La notion de « biens mobiliers » et de « biens immobiliers » sur laquelle est fondée la règle de conflit française, trouve son origine dans l'article 516 du Code civil selon lequel : « Tous les biens sont meubles ou immeubles ». Cet article, qui induit que tous les biens entrent nécessairement dans l'une de ces catégories, implique de définir ce qu'est un meuble et un immeuble. Les articles 517 et suivants du Code civil étayent cette distinction et permettent de classer les biens dans une de ces deux catégories.

Il convient de noter qu'un bien mobilier en droit français constitue une catégorie de bien caractérisée par le fait qu'il peut être déplacé (500). Il est rappelé que l'article 529 du Code civil consacre la nature mobilière des parts de sociétés.

Par dernier domicile, il faut retenir la définition civile du domicile, reprise à l'article 102 du Code civil.

Cette définition est différente de celle retenue par la *common law* (501).

Elle ne s'apparente pas non plus à celle de résidence habituelle. En effet, la notion de résidence habituelle ne suppose pas d'élément intentionnel. Cet élément fondamental constitue la pierre angulaire du domicile civil (502).

Elle est également distincte de la notion de domicile fiscal qui constitue un rattachement « de pure circonstance et uniquement destiné à satisfaire à une réglementation administrative ».

Enfin, selon Alain Devers, il est important également de ne pas confondre le dernier domicile avec le domicile matrimonial qui « constitue un indice pour déterminer la loi applicable au régime matrimonial d'époux mariés sans contrat avant le 1er septembre 1992 » (503).

Il est donc impératif de bien distinguer ces multiples notions constitutives d'éléments de rattachement dans différents ordres juridiques (504). On peut penser qu'il faut en fait entendre par cette notion de dernier domicile du défunt, la dernière résidence du défunt, pour éviter toute mauvaise analyse ou confusion avec les notions de domicile qui viennent d'être rappelées à l'instant.

Il serait légitime de penser que la détermination du dernier domicile du défunt peut poser quelques difficultés pour le praticien. En pratique, c'est en réalité peu le cas, la jurisprudence sur ce point reste rare.

(499) Cass. civ., 19 juin 1939 : *DP* 1939, 1, 97, note L.-P. ; *S.* 1940, 1, 49, note Niboyet ; *Rev. crit. DIP* 1939, 481, note Niboyet.
(500) C. civ., art. 528.
(501) V. *supra*, n° 3361.
(502) Cass. 1re civ., 7 déc. 2005, n° 02-15.418 : *Bull. civ.* 2005, I, n° 484.
(503) V. *supra*, n° 3221.
(504) A. Martin-Serf, *Du domicile à la résidence : RTD civ.* 1978, 535.

§ II Loi de la *lex rei sitae* pour les immeubles

3382 Lorsque le décès est intervenu avant le 17 août 2015, les immeubles dépendant de la succession sont régis par la *lex rei sitae* (505). La Cour de cassation a posé ce principe dans l'arrêt *Stewart* (506), qui reprend l'article 3, alinéa 2 du Code civil. Ainsi, si l'immeuble dépendant de la succession se situe en France, il y a donc lieu à lui appliquer le droit matériel français des successions. Également, lorsqu'un immeuble se situe à l'étranger, c'est le droit de l'État dans lequel il se situe qui lui sera appliqué.

Il convient de signaler qu'il existe en pratique très peu de contentieux découlant de l'application de cet élément de rattachement.

Cette différence de rattachement qu'implique cette distinction entre les meubles et les immeubles conduit inévitablement à aborder la question de la qualification.

§ III La qualification

3383 Celle-ci consiste à déterminer ce qui constitue un bien mobilier ou un bien immobilier.

Cette qualification doit être réalisée en première instance *lege fori*, c'est-à-dire au regard des définitions juridiques que donne le droit français des meubles et des immeubles.

Une fois la loi successorale applicable déterminée à l'aune de la règle de conflit française, et si celle-ci est une loi étrangère, une certaine correspondance de qualification « mobilière » ou « immobilière » des biens du défunt devra être vérifiée.

3384 **– La qualification *lege fori* et celle de la loi étrangère désignée correspondent. –** Dans cette hypothèse, les ordres juridiques en présence (celui du *for* et celui désigné par la règle de conflit française), qualifient de la même manière les biens.

Les biens qualifiés de meubles dans le pays A sont également qualifiés de meubles dans le pays B.

Les biens qualifiés d'immeubles dans le pays A sont la encore qualifiés d'immeubles dans le pays B.

Il n'y a pas de problème : les qualifications sont concordantes.

3385 **– La qualification réalisée au moyen de la loi étrangère ne correspond pas à la qualification *lege fori*. –** Dans cette hypothèse, les ordres juridiques en présence qualifient de manière différente les biens.

Les biens qualifiés de meubles dans le pays A ne sont pas qualifiés de meubles dans le pays B.

Les biens qualifiés d'immeubles dans le pays A ne sont pas qualifiés d'immeubles dans le pays B.

Ce cas est typiquement un cas de conflit de qualification.

Ne pouvant laisser celui-ci sans solution, il sera proposé de s'en tenir à la qualification *lege fori* : celle de la loi française.

Il y a alors lieu de soumettre l'intégralité de la succession à la loi française conformément au principe de l'application subsidiaire de la loi du *for* (507).

(505) C. civ., art. 3, al. 2 : « Les immeubles, même ceux possédés par les étrangers, sont régis par la loi française ».
(506) Cass. civ., 14 mars 1837. V. aussi not. Cass. 1re civ., 21 mars 2000, nº 98-15.650 : *Bull. civ.* 2000, I, nº 96. – Cass. 1re civ., 20 juin 2006, nº 05-14.281 : *Bull. civ.* 2006, I, nº 321.
(507) En ce sens : arrêt de principe *Caraslanis*, Cass. 1re civ., 22 juin 1955 : *GAJFDIP*, nº27.

Il convient de garder à l'esprit que cette solution ne sera pas forcément admise par une autorité étrangère qui serait amenée à appréhender la question.

Le conflit de qualifications

Le conflit de qualifications, jusqu'alors rare, est illustré notamment par un arrêt, à propos des fresques de Casenoves (508).

Le règlement « Successions », du fait de son élément de rattachement unique, va permettre d'annihiler la plupart de ces conflits de qualification qui, soulignons-le, restent à ce jour marginaux.

Section II Décès intervenu après l'entrée en application du règlement (UE) nº 650/2012 (17 août 2015)

3386 Pour les décès intervenus à compter du 17 août 2015, il conviendra de déterminer la loi applicable **(Sous-section I)**, puis le cas échéant d'appliquer un certain nombre de correctifs **(Sous-section II)**.

Sous-section I Déterminer la loi applicable

3387 De façon liminaire, il est ici rappelé que le domaine de la loi successorale, que cette méthode de traitement d'une succession s'attache à déterminer, est délimité par l'article 23 du règlement (UE) nº 650/2012.

L'article 23 dispose que :

1. « La loi désignée en vertu de l'article 21 ou 22 régit l'ensemble d'une succession.
2. Cette loi régit notamment :

a) les causes, le moment et le lieu d'ouverture de la succession ; ».
Paul Lagarde précise : « L'exclusion du domaine du règlement des questions relatives à la disparition, à l'absence ou à la mort présumée d'une personne physique se limite aux conditions d'établissement de ces situations et non à leurs conséquences successorales » (509) ;

b) « la vocation successorale des bénéficiaires, la détermination de leurs parts respectives et des charges qui peuvent leur être imposées par le défunt, ainsi que la détermination d'autres droits sur la succession, y compris les droits successoraux du conjoint ou du partenaire survivant ;

c) la capacité de succéder ;

d) l'exhérédation et l'indignité successorale ;

(508) Cass. ass. plén., 15 avr. 1988, nos 85-10.262 et 85-11.198 : *Bull. civ.* 1988, ass. plén., nº 4, p. 5.
(509) *Rev. crit. DIP* 2012, 691, note 34.

e) le transfert des biens, des droits et des obligations composant la succession aux héritiers et, selon le cas, aux légataires, y compris les conditions et les effets de l'acceptation de la succession ou du legs ou de la renonciation à ceux-ci ;
f) les pouvoirs des héritiers, des exécuteurs testamentaires et autres administrateurs de la succession, notamment en ce qui concerne la vente des biens et le paiement des créanciers, sans préjudice des pouvoirs visés à l'article 29, paragraphes 2 et 3 ;
g) la responsabilité à l'égard des dettes de la succession ;
h) la quotité disponible, les réserves héréditaires et les autres restrictions à la liberté de disposer à cause de mort ainsi que les droits que les personnes proches du défunt peuvent faire valoir à l'égard de la succession ou des héritiers ;
i) le rapport et la réduction des libéralités lors du calcul des parts des différents bénéficiaires ;
j) le partage successoral ».

Il convient de signaler que Mme Mariel Révillard précise l'ensemble de ces points dans son ouvrage *Droit international privé et européen : pratique notariale* (510).

Le domaine de la loi successorale ainsi déterminé, il convient d'envisager quelle peut être celle-ci.

Il faudra comme au préalable vérifier l'existence d'une loi de police.

Et ce n'est, là encore, qu'en son absence **(§ I)** qu'il faudra mettre en place le raisonnement conflictuel **(§ II)**.

§ I Recherche de l'existence d'une loi de police

3388 La recherche de l'existence d'une loi de police en droit successoral « nouveau » s'avère toujours d'un enjeu majeur puisqu'elle commande, là encore, d'appliquer la loi du *for* sans mettre en œuvre quelque raisonnement conflictuel.

Le règlement (UE) no 650/2012 ne comporte aucune disposition équivoque relative aux lois de police. Dès lors, il est possible de se demander si ce mécanisme à vocation à jouer en la matière (511).

Toutefois, bien que la terminologie employée diverge de celle habituellement retenue, ce règlement fait une place implicite aux lois de police. L'article 30, qui a pu être qualifié en doctrine de « clause spéciale d'application des lois de police » (512), est pertinent et dispose : « Lorsque la loi de l'État dans lequel sont situés certains biens immobiliers, certaines entreprises ou d'autres catégories particulières de biens comporte des dispositions spéciales qui, en raison de la destination économique, familiale ou sociale de ces biens, imposent des restrictions concernant la succession portant sur ces biens ou ayant une incidence sur celle-ci, ces dispositions spéciales sont applicables à la succession dans la mesure où, en vertu de la loi de cet État, elles sont applicables quelle que soit la loi applicable à la succession ».

(510) Defrénois, 9e éd. 2018, p. 656, nos 1124 et s.
(511) V., sur ce point, N. Nord, *Quelles limites dans l'optimisation d'une succession internationale ? : Dr. et patrimoine* 2013, no 226, p. 56 et s., spéc. p. 57-58 et, pour un traitement approfondi de cette question, N. Nord, *Les lois de police, une conception classique ou restrictive ? : Dr. et patrimoine* 2014, no 236, p. 56 et s.
(512) S. Godechot-Patris, *Le nouveau droit international privé des successions : entre satisfactions et craintes : D.* 2012, p. 2462 et s., spéc. p. 2467. – N. Nord, *Les lois de police, une conception classique ou restrictive ? : Dr. et patrimoine* 2014, no 236, p. 56 et s., spéc. p. 56.

Ce texte peut être lu de concert avec le considérant 54 qui permet de clarifier quelque peu la façon dont doit être compris l'article 30 (513).

En pratique, l'identification des lois de police ne sera pas simple.

Trois conditions doivent être cumulativement réunies afin que les règles internes entrent dans le champ d'application de l'article 30.

D'abord, cet article précise que seules les lois de l'ordre juridique du lieu de situation des biens en cause ont vocation à intervenir.

Ensuite, la loi interne en cause doit imposer « des restrictions concernant la succession portant sur ces biens ou ayant une incidence sur celles-ci ». La loi interne doit donc concerner la succession et prévoir un traitement particulier pour certains biens.

En outre, ces règles doivent être applicables « quelle que soit la loi applicable à la succession ». Dit autrement, « il doit s'agir de lois de police dans leur propre système juridique » (514).

L'arrêt du 10 octobre 2012 concernant les règles relatives à l'attribution préférentielle a été perçu comme rendu au prisme du règlement « Successions », bien que non encore applicable à l'époque, et peut ainsi constituer une illustration de ce que pourrait être la mise en œuvre de son article 30 (515).

Selon M. Perreau-Saussine, d'autres règles françaises ont vocation à recevoir la qualification de loi de police, telles les règles relatives à la transmission des sépultures, ou au droit au logement temporaire du conjoint survivant prévues aux articles 763 et suivants du Code civil.

Il est toutefois possible de se demander si l'application des lois de police en matière de succession reste désormais enfermée dans le carcan strict déterminé par l'article 30 du règlement (UE) n° 650/2012 (516).

Dans la grande majorité des cas, la recherche d'une loi de police s'avérera négative.

Il y a aura donc lieu de mettre en place le raisonnement conflictuel.

À ce titre, depuis le 17 août 2015, la règle de conflit française, intégrant la disposition du règlement (UE) n° 650/2012, dispose de la mise en œuvre d'un élément de rattachement unique alternatif.

(513) Règl. (UE) n° 650/2012, consid. 54 : « En raison de leur destination économique, familiale ou sociale, certains biens immobiliers, certaines entreprises et d'autres catégories particulières de biens font l'objet, dans l'État membre de leur situation, de règles spéciales imposant des restrictions concernant la succession portant sur ces biens ou ayant une incidence sur celle-ci. Le présent règlement devrait assurer l'application de ces règles spéciales. Toutefois, cette exception à l'application de la loi applicable à la succession requiert une interprétation stricte afin de rester compatible avec l'objectif général du présent règlement. Dès lors, ne peuvent être considérées comme des dispositions spéciales imposant des restrictions concernant la succession portant sur certains biens ou ayant une incidence sur celle-ci ni les règles de conflits de lois soumettant les biens immobiliers à une loi différente de celle applicable aux biens mobiliers, ni les dispositions prévoyant une réserve héréditaire plus importante que celle prévue par la loi applicable à la succession en vertu du présent règlement ».

(514) N. Nord, *Quelles limites dans l'optimisation d'une succession internationale ? : Dr. et patrimoine* 2013, n° 226, p. 56 et s., spéc. p. 57 et 58.

(515) V., en ce sens, N. Nord, *Quelles limites dans l'optimisation d'une succession internationale ? : Dr. et patrimoine* 2013, n° 226, p. 56 et s., spéc. p. et 58. – L. Perreau-Saussine, *Les règles relatives aux attributions préférentielles sont des lois de police*, note ss Cass. 1re civ., 10 oct. 2012 : *JCP* G 2012, 1368.

(516) Sur cette question, V. N. Nord, *Les lois de police, une conception classique ou restrictive ? : Dr. et patrimoine* 2014, n° 236, p. 56 et s. Pour M. Nord, seul l'article 30 permet la mise en œuvre de loi de police en matière de successions (V. spéc. p. 59 et 60).

Il convient de signaler que le droit international privé « nouveau » français, de fait, n'implique plus de problème de conflit de qualification puisqu'il met en œuvre un élément de rattachement unique. L'ordre juridique ainsi désigné aura vocation à s'appliquer à tous les biens du défunt.

Depuis l'entrée en application du règlement (UE) nº 650/2012, l'élément de rattachement unique peut avoir été décidé volontairement par le défunt (il s'agira d'un choix de loi opéré par celui-ci), ou s'appliquer de façon subsidiaire à défaut de manifestation de volonté de la part du défunt préalablement à son décès.

§ II En présence d'un choix de loi : la *professio juris*

3389 La loi applicable à la succession du défunt peut résulter d'une manifestation de volonté de celui-ci antérieure ou postérieure au 17 août 2015. Le défunt peut avoir désigné comme loi applicable à sa succession la loi de sa nationalité. Il est dit qu'il réalise une *professio juris*.

Cette place donnée à l'autonomie de la volonté au sein de la matière successorale par le règlement poursuit l'objectif sous-jacent de garantir la prévisibilité et la stabilité de la loi successorale résultant du choix du disposant.

La *professio juris* va également permettre de régler la problématique du conflit mobile. En cas de déplacements transfrontaliers successifs, l'anticipation successorale devient en effet délicate du fait du nouvel élément de rattachement que retient le règlement en l'absence de choix (517). La *professio juris* va permettre de figer la loi qui sera applicable à la succession au moment du choix. À noter que le disposant conservera la possibilité de révoquer son choix s'il l'estime opportun.

Il convient dans un premier temps de vérifier la validité de la forme du choix **(A)**, avant d'envisager la validité au fond de celui-ci **(B)**.

A/ Validité en la forme du choix de loi

3390 En cas de disposition antérieure au 17 août 2015, il convient de se référer à l'article 83, paragraphe 3 du règlement qui prévoit qu'« une disposition à cause de mort prise avant le 17 août 2015 est recevable et valable quant au fond et à la forme si elle remplit les conditions prévues au chapitre III ou si est recevable sur le fond et en la forme en application des règles de droit international privé qui étaient en vigueur, au moment où la disposition a été prise, dans l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle, dans tout État dont il possédait la nationalité ou dans l'État membre de l'autorité chargée de régler la succession ».

En cas de disposition postérieure au 17 août 2015, l'article 22-2 du règlement (UE) nº 650/2012, dispose que « le choix est 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 ».

Il convient de souligner que le même article, dans son 4, précise que « la modification ou la révocation du choix de loi satisfait aux exigences de forme applicables à la modification ou à la révocation d'une disposition à cause de mort ».

Comme le soulignent Mes Jean Gasté et Xavier Ricard (518), le règlement ne donne pas de définition précise de la disposition à cause de mort, il se contente d'énumérer le type d'acte

(517) Sur la résidence habituelle, V. *infra*, nº 3407.
(518) J. Gasté et X. Ricard, *Questions-réponses pratiques : Defrénois* 14 sept. 2017, nº 18, pratique.

dont il s'agit. Selon l'article 3-1, d) il peut s'agir « d'un testament, d'un testament conjonctif ou d'un pacte successoral ».

I/ L'*instrumentum* du choix

a) Une disposition testamentaire autre qu'un pacte successoral

3391 Lorsque le choix de loi a pour *instrumentum* une disposition testamentaire, il convient de s'assurer de la validité formelle de celle-ci.

En la matière il faut, dans un premier temps, s'intéresser à la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires.

Le texte de cette convention est un des points clés du droit international privé positif français.

la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 a été ratifiée par la République d'Afrique du Sud, l'Albanie, Antigua et la Barbade, l'Arménie, l'Allemagne, l'Australie, l'Autriche, la Belgique, la Bosnie-Herzégovine, le Botswana, le Brunei, la République populaire de Chine, la Croatie, le Danemark, l'Espagne, l'Estonie, l'ex-Yougoslavie, Fidji, la Finlande, la France, la Grèce, Grenade, l'Irlande, Israël, l'Italie (519), le Japon, le Lesotho, le Monténégro, le Luxembourg, l'île Maurice, la Norvège, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal (520), la Moldavie, le Royaume-Uni, la Serbie, la Slovénie, la Suède, la Suisse, le Swaziland, le Tonga, la Turquie et l'Ukraine.

La convention de La Haye a adopté une position dont l'objectif est la reconnaissance *in favorem* des dispositions testamentaires laissées par le défunt.

L'article 1er de la convention de La Haye dispose d'un véritable catalogue de cas dans lesquels le testament devra être considéré comme valable en la forme.

« Article premier

Une disposition testamentaire est valable quant à la forme si celle-ci répond à la loi interne :
a) du lieu où le testateur a disposé, ou
b) d'une nationalité possédée par le testateur, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès, ou
c) d'un lieu dans lequel le testateur avait son domicile, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès, ou
d) du lieu dans lequel le testateur avait sa résidence habituelle, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès, ou
e) pour les immeubles, du lieu de leur situation.

Aux fins de la présente Convention, si la loi nationale consiste en un système non unifié, la loi applicable est déterminée par les règles en vigueur dans ce système et, à défaut de telles règles, par le lien le plus effectif qu'avait le testateur avec l'une des législations composant ce système.

(519) Convention signée uniquement, cependant sans incidence du fait que l'Italie est un État membre du règlement (UE) nº 650/2012 qui reprend dans son article 27 les dispositions de l'article 1 de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961.

(520) Convention signée uniquement, cependant sans incidence du fait que la Pologne est un État membre du règlement (UE) nº 650/2012 qui reprend dans son article 27 les dispositions de l'article 1 de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961.

La question de savoir si le testateur avait un domicile dans un lieu déterminé est régie par la loi de ce même lieu. »

L'article 4 de la convention de La Haye, précise : « La présente Convention s'applique également aux formes des dispositions testamentaires faites dans un même acte par deux ou plusieurs personnes ». Elle s'applique donc aussi aux testaments conjonctifs.

L'article 27 du règlement (UE) n° 650/2012 intègre les dispositions de la convention de La Haye.

L'article 3 du règlement (UE) n° 650/2012 définit les termes utilisés dans le corps du texte qui le constitue.

Le *c)* du 1 de cet article 3 définit le testament conjonctif comme « un testament établi par deux ou plusieurs personnes dans le même acte ».

Pour l'appréciation de la validité de la forme, le testament conjonctif est donc assimilé au testament.

Il convient donc de retenir que :
- la France et les pays ayant ratifié la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 considéreront comme valable en la forme la disposition testamentaire (testament et testament conjonctif) rédigée par le défunt si elle l'a été conformément à une des dispositions alternatives ci-dessus relatées à l'article premier de la convention de La Haye ci-dessus littéralement rapporté ;
- les autres États membres non parties à la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 considéreront comme valable une telle disposition si elle a été rédigée conformément à une des dispositions alternatives relatées à l'article 27 du règlement.

Le testament conjonctif

En droit interne français, le testament rédigé par plusieurs personnes sur un seul et même support en France n'est pas valide.

L'article 968 du Code civil dispose de la prohibition de cet instrument en stipulant que : « Un testament ne pourra être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes soit au profit d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque ou mutuelle ».

En France, cette prohibition trouve sa justification dans le fait que la liberté individuelle d'établir un testament ne doit souffrir d'aucune influence extérieure.

La Cour de cassation, dans son arrêt rendu le 31 mars 2016, réaffirme ce principe et entache un tel testament de nullité. Elle précise également que les écrits postérieurs ne peuvent faire revivre le premier testament, car ils ne le reprennent pas en termes exprès.

En revanche, un testament conjonctif rédigé à l'étranger, selon les formes du droit interne, sera considéré comme valable en la forme (sans préjuger de la validité au fond) par la législation française, conformément à la convention de La Haye à laquelle elle est soumise.

b) Le pacte successoral

L'article 27 du règlement (UE) n° 650/2012 étend l'esprit de la convention de La Haye aux pactes successoraux. **3392**

« Article 27 – Validité quant à la forme des dispositions à cause de mort établies par écrit

1. Une disposition à cause de mort établie par écrit est valable quant à la forme si celle-ci est conforme à la loi :

a) de l'État dans lequel la disposition a été prise ou le pacte successoral a été conclu ;

b) d'un État dont le testateur ou au moins une des personnes dont la succession est concernée par un pacte successoral possédait la nationalité, soit au moment où la disposition a été prise ou le pacte conclu, soit au moment de son décès ;

c) d'un État dans lequel le testateur ou au moins une des personnes dont la succession est concernée par un pacte successoral avait son domicile, soit au moment où la disposition a été prise ou le pacte conclu, soit au moment de son décès ;

d) de l'État dans lequel le testateur ou au moins une des personnes dont la succession est concernée par un pacte successoral avait sa résidence habituelle, soit au moment de l'établissement de la disposition ou de la conclusion du pacte, soit au moment de son décès ; ou

e) pour les biens immobiliers, de l'État dans lequel les biens immobiliers sont situés.

Pour déterminer si le testateur ou toute personne dont la succession est concernée par un pacte successoral avait son domicile dans un État particulier, c'est la loi de cet État qui s'applique.

2. Le paragraphe 1 s'applique également aux dispositions à cause de mort modifiant ou révoquant une disposition antérieure. La modification ou la révocation est également valable quant à la forme si elle est conforme à l'une des lois en vertu desquelles, conformément au paragraphe 1, la disposition à cause de mort modifiée ou révoquée était valable.

3. Aux fins du présent article, toute disposition légale qui limite les formes admises pour les dispositions à cause de mort en faisant référence à l'âge, à la nationalité ou à d'autres qualités personnelles du testateur ou des personnes dont la succession est concernée par un pacte successoral, est considérée comme relevant du domaine de la forme. Il en est de même des qualités que doit posséder tout témoin requis pour la validité d'une disposition à cause de mort. »

Selon l'article 3-1, *b)*, le pacte successoral est « un accord, y compris un accord résultant de testaments mutuels, qui confère, modifie, ou retire, avec ou sans contre-prestation, des droits dans la succession future d'une ou plusieurs personnes partie au pacte ».

Il convient donc de retenir que pour la validité formelle des pactes successoraux, le texte applicable dans les États membres est l'article 27 du règlement (UE) n° 650/2012.

II/ L'expression du choix

3393 Le règlement prévoit que le choix peut être formulé de manière expresse **(a)** ou de façon implicite **(b)**.

a) Le choix exprès

3394 Il y a lieu de distinguer selon que la disposition a été prise par le défunt avant **(ii)** ou après **(i)** le 17 août 2015.

i - Disposition prise à compter du 17 août 2015

3395 L'article 22-2 du règlement (UE) n° 650/2012 dispose : « Le choix est formulé de manière expresse dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort...) ».

Le choix de loi peut donc être formulé de manière expresse dans une disposition à cause de mort.

L'article 3 du règlement (UE) n° 650/2012 dans son *d)* précise qu'il faut entendre par « disposition à cause de mort : un testament, un testament conjonctif, ou un pacte successoral ».

Il convient de signaler que la validité formelle du choix ne s'apprécie que dans le respect des conditions de validité de la disposition à cause de mort, et non dans son intitulé « testament », « testament conjonctif » ou « pacte successoral ». Par ailleurs, le choix peut être valablement exprimé de manière autonome sans être compris dans un testament, un testament conjonctif ou un pacte successoral comprenant d'autres dispositions d'ordre dévolutif.

ii - Disposition prise antérieurement au 17 août 2015

3396 L'article 83-2 du règlement (UE) n° 650/2012 dispose : « Lorsque le défunt avait, avant le 17 août 2015, choisi la loi applicable à sa succession, ce choix est valable s'il remplit les conditions fixées au chapitre III ou s'il est valable en application des règles de droit international privé qui étaient en vigueur, au moment où le choix a été fait, dans l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle ou dans tout État dont il possédait la nationalité ».

Cet article permet donc une validation rétroactive d'un choix de loi antérieur au 17 août 2015.

b) Le choix implicite

3397 Là encore, il y a lieu de distinguer selon que la disposition a été prise par le défunt avant **(ii)** ou après **(i)** le 17 août 2015.

i - Disposition prise à compter du 17 août 2015

3398 Selon l'article 22-2 *in fine* du règlement (UE) n° 650/2012, le choix de loi implicite peut résulter des termes d'une disposition à cause de mort.

Force est de constater que les articles du règlement ne donnent pas de précisions sur ce qu'il faut entendre par un choix de loi implicite.

En revanche, le considérant 39 précise que : « Le choix de la loi devrait être formulé de manière expresse dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort ou résulter des termes d'une telle disposition. Le choix de la loi pourrait être considéré comme résultant d'une disposition à cause de mort dans le cas où, par exemple, dans sa disposition, le défunt avait fait référence à des dispositions spécifiques de la loi de l'État de sa nationalité ou dans le cas où il avait mentionné cette loi d'une autre manière ».

Le manque de clarté du choix ou le caractère équivoque de celui-ci peut entraîner un aléa quant à la reconnaissance de la validité en la forme de celui-ci.

Il semble évident que, bien que l'esprit du règlement dispose d'une reconnaissance *in favorem* des dispositions à cause de mort, il faille, pour éviter toute dérive et divergence d'interprétation, ne pas pour autant laisser cours à des interprétations extensives de la volonté implicite du défunt.

À ce titre, plusieurs questions peuvent émerger :

- le choix implicite doit-il être admis par toute autorité saisie d'une succession ?
  Il semble cohérent de penser qu'une autorité saisie d'une succession, dépendant d'un État qui ne reconnaît pas la *professio juris* dans son droit interne, ne doit pas pouvoir reconnaître la validité d'un choix de loi. Seules les autorités d'un État membre ou d'un État tiers dont le droit interne autorise la *professio juris* doivent pouvoir valider un tel choix (521) ;

(521) V. *infra*, n° 3402.

- le choix de loi implicite peut-il découler de la simple utilisation de la langue utilisée par le disposant ?
  Certains praticiens arguent du fait que la langue choisie par le défunt pour disposer vaudrait *professio juris* implicite pour la loi de sa nationalité si elle correspond à cette langue.
  Cette position ne paraît pas être admissible. En effet, un tel postulat risquerait d'aboutir à des résultats inattendus, incohérents par rapport à la situation d'espèce, voire à des situations insolubles. Dans le cas d'un testament rédigé en anglais par exemple, la langue anglaise correspond-elle à la nationalité britannique ou bahamienne du défunt binational ?
  Le 115e Congrès des notaires de France invite à ne pas valider cette analyse visant à déduire un seul choix de loi de la langue de rédaction de la disposition, en ce qu'elle risque d'aboutir à des incohérences, voire à des dérives de l'institution de la *professio juris* telle qu'elle a été mise en place par le règlement (UE) n° 650/2012.
  La langue ne peut constituer qu'un indice permettant avec d'autres de valider le choix de loi ;
- l'utilisation d'un outil, un instrument, une institution propre à la loi interne d'un État peut-elle être assimilée à une *professio juris* implicite ?

Par exemple, en dehors des considérations de validité, l'utilisation d'une donation entre époux, bien connue du droit français, ou d'un *trust* bien connu du droit *anglo-saxon*, peut-elle être assimilée à une désignation de loi applicable ?

Là encore, la prudence impose de ne considérer l'*instrumentum* que comme un indice, qui, s'il converge avec d'autres, permet de reconnaître un choix de loi implicite.

Également, il faudra de surcroît vérifier que l'autorité saisie, qui aura à apprécier la validité de la *professio juris* implicite, est une autorité d'un État membre ou d'un État tiers dont le droit interne reconnaît la possibilité pour le défunt d'avoir opéré préalablement à son décès une désignation de loi applicable.

L'autorité saisie d'une succession internationale comportant un choix de loi implicite devra donc apprécier *in concreto*, au vu de l'ensemble de ces éléments, la disposition à cause de mort dont il pourrait être déduit un choix de loi implicite pour se prononcer cas par cas. Le faisceau d'indices aboutissant à une validation de la *professio juris* implicite devra faire l'objet d'un exposé détaillé dans l'acte que le praticien dressera.

ii - Disposition prise antérieurement au 17 août 2015

3399 L'article 83-4 du règlement (UE) n° 650/2012 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 ».

Cet article invite à s'interroger sur la problématique suivante : le défunt doit-il avoir eu conscience qu'il avait le choix entre plusieurs lois au moment où il a régularisé la disposition à cause de mort, pour que la *professio juris* implicite puisse être validée ?

Il n'existe pas à ce jour de position uniforme de la doctrine et de la pratique internationale sur ce point.

Dans un contexte particulier, celui d'une disposition à cause de mort qui serait invalide conformément à la loi objectivement applicable, et, au contraire, valide et efficace si c'est le cas conformément à la loi qui serait choisie implicitement, certains pays comme la Suisse et l'Allemagne reconnaissent la validité de la *professio juris* implicite en l'absence de conscience

du disposant de la faculté de choisir qui lui était offerte, en fondant leur argumentation sur la théorie de la *favour validatis* (522).

Encore, comme le soulignent très justement Me Jean Gasté et Xavier Ricard, il ne semble pas possible de considérer qu'une donation entre époux régularisée en France avant le 4 juillet 2012 puisse induire un choix implicite pour la loi française, puisqu'à l'époque, la *professio juris* n'était pas un mécanisme reconnu par le droit français.

Il semble en outre prudent de retenir que la forme britannique d'un testament ne permet pas d'appliquer la présomption édictée par l'article 83-4 du règlement. Par analogie, l'expression « ou résulte des termes d'une telle disposition » employée dans l'article 22 du règlement laisse entendre que le choix de loi applicable doit résulter directement et seulement du contenu même de l'acte. Toute référence à des éléments extrinsèques doit être écartée (523).

L'établissement du testament en langue anglaise ou encore la forme dactylographiée constituent des éléments extrinsèques qui ne présument pas de la volonté du défunt de soumettre sa succession à la loi anglaise.

Encore, la constitution d'un *trust* ou une référence aux dispositions de la *Society of trust and estate practionners* ne semble également pas suffisante pour induire l'existence d'un choix de loi en faveur de la loi anglaise. Il n'existe à ce jour pas de jurisprudence en la matière, mais cette analyse ne semble pas pouvoir emporter la conviction du praticien.

En effet, il convient de noter que, notamment pour les dispositions antérieures au 4 juillet 2012, le texte du règlement « Successions » était loin d'être finalisé et, comme aujourd'hui, le droit britannique n'offrait pas la possibilité d'option au défunt en faveur de la loi successorale de l'État de sa nationalité. Il est possible de noter de surcroît que la possibilité d'un choix de loi tacite prévu à l'actuel article 22 du règlement ne figurait pas dans la proposition de règlement de 2009. Dans ces conditions, il paraît inconcevable de présumer un choix tacite en faveur de la loi nationale du défunt alors que le droit positif en vigueur lors de la rédaction du testament n'offrait pas cette option.

iii - Position conseillée

Par mesure de prudence, le 115e Congrès des notaires invite à ne retenir la validité du choix implicite que dans les cas suivants : **3400**

- le choix implicite doit découler uniquement des termes de la disposition à cause de mort ;
- il ne peut être validé que par une autorité (dont le notaire) dont le système juridique reconnaît le choix de loi ;
- il doit être apprécié au vu d'un faisceau de plusieurs indices concordants et convergents qui permettront de conclure qu'il est clair et univoque ;
- le choix de loi implicite ne doit être retenu que s'il permet une unicité de loi applicable à la succession, ou tout au moins s'il facilite le règlement de celle-ci conformément au principe de prévisibilité et de stabilité de la loi successorale dont dispose le règlement ;
- la personne qui effectue le choix doit avoir eu conscience de l'existence d'un potentiel conflit de lois, et de la possibilité qui lui est offerte d'opter pour une d'entre elles. Ainsi pour les États ne reconnaissant pas le choix de loi dans leur droit interne, il faudra

(522) Extension jurisprudentielle allemande des dispositions de l'article 2084 du BGB, selon laquelle il conviendra de préférer en cas de pluralité d'interprétations d'une disposition testamentaire laissant planer un doute sur un choix de loi, celle permettant de retenir la validité et l'efficacité de la disposition (BGB, § 2084 : « lässt der inhalt einer letztwilligen verfügung verschiedene auslegung zu, soi st im zweifel diejenige auslegung vorzuziehen, bei welcher die verfügung erfolg haben kann »).

(523) M. Goré : *Defrénois* 30 août 2012, nos 15-16, p. 762.

proscrire la *professio juris* implicite si l'*instrumentum* est antérieur à la date de ratification du règlement (UE) nº 650/2012.

B/ Validité au fond du choix de loi

3401 La validité au fond du choix de loi applicable doit être appréciée au regard de trois aspects.

I/ Reconnaissance de la *professio juris* par l'autorité saisie

3402 Le praticien saisi du règlement d'une succession internationale devra appartenir à un ordre juridique reconnaissant le principe même de la *professio juris*.

Il est possible de dénombrer trois groupes d'États :
- les États membres : pour lesquels le règlement « Successions » prévoit la reconnaissance de la *professio juris* à l'article 22 ;
- les États tiers dont le droit interne prévoit la possibilité de réaliser une *professio juris*.
  Les États prévoyant le choix de loi en faveur de la loi nationale en matière successorale sont les suivants : Arménie, Bénin, Biélorussie, Burkina Faso, Canada (Ontario et Québec), Corée du Sud, Kazakhstan, Kirghizistan, Liechtenstein, Monaco, République dominicaine, Suisse et Ukraine (certains États des États-Unis reconnaissent la *professio juris* : New York [en faveur de la loi new-yorkaise], l'État du Delaware) ;
- les États tiers dont le droit interne ne prévoit pas cette possibilité.

En présence d'un État du troisième groupe, dans le cadre d'un *estate planning* international, l'utilisation de la *professio juris* sera déconseillée.

II/ Le choix ne peut viser que la loi de la nationalité de la personne l'ayant effectué

3403 Le choix de loi contenu dans une disposition à cause de mort ne peut porter que sur la loi de la nationalité du disposant.

La détermination de la nationalité du disposant, au moment de la rédaction de la *professio juris* ou lors de l'ouverture de la succession du disposant, doit impérativement faire l'objet d'une vérification préliminaire.

Selon l'article 22-1 du règlement (UE) nº 650/2012, « une personne peut choisir comme loi régissant 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 ».

Il n'est pas possible de faire porter ce choix sur un autre élément de rattachement.

Ainsi, un choix de loi réalisé en faveur de ce que le disposant identifierait comme être sa résidence habituelle ne pourra pas recevoir une quelconque validité. La « confirmation de résidence habituelle » n'est donc pas valable.

Il en est de même pour un choix de loi qui viserait à soumettre certains biens à leur lieu de situation.

Si le choix de loi doit porter sur la nationalité, force est de constater qu'il ne peut porter que sur une nationalité :
- que « possède » le disposant.
  Ce qui induit que si le disposant est un plurinational, une option lui est offerte.
  Il n'existe dans ce cas pas de hiérarchie entre les différentes nationalités. Le choix est indifféremment alternatif, il n'y a pas lieu de rechercher la nationalité la plus effective.
  Par suite, un choix de loi réalisé au profit d'une nationalité non effectivement acquise doit être considéré comme invalide.

Lorsqu'un individu choisit la nationalité d'un État doté d'un système plurilégislatif, il est fortement conseillé, pour plus de pertinence, que celui-ci précise notamment le système législatif qu'il entend désigner (par ex. : la loi de l'État de Floride, et non la loi américaine) ;

– « au moment où [le disposant] fait ce choix ou au moment du décès ».

Cette préposition implique que le choix au profit d'une nationalité reste valable quand bien même la situation du disposant évoluerait du fait d'un changement, d'une perte ou d'une déchéance de nationalité (524).

III/ Validité au fond de la disposition contenant le choix

3404 Il convient d'opérer une distinction entre les dispositions contenant le choix de loi consistant en une disposition testamentaire (regroupant les testaments et les testaments conjonctifs), et celles ayant pour support un pacte successoral.

Dans les deux cas, il conviendra de procéder à une lecture combinée de l'article 26 du règlement (UE) nº 650/2012 avec l'article dédié à l'*instrumentum* retenu pour opérer le choix de loi.

« Article 26 – Validité au fond des dispositions à cause de mort

1. Aux fins des articles 24 et 25, les éléments ci-après relèvent de la validité au fond :

a) la capacité de la personne qui dispose à cause de mort de prendre une telle disposition ;

b) les causes particulières qui empêchent la personne qui prend la disposition de disposer en faveur de certaines personnes ou qui empêchent une personne de recevoir des biens successoraux de la personne qui dispose ;

c) l'admissibilité de la représentation aux fins de l'établissement d'une disposition à cause de mort ;

d) l'interprétation de la disposition ;

e) la fraude, la contrainte, l'erreur ou toute autre question relative au consentement ou à l'intention de la personne qui dispose.

2. Lorsqu'une personne a la capacité de disposer à cause de mort en vertu de la loi applicable conformément à l'article 24 ou 25, une modification ultérieure de la loi applicable n'affecte pas sa capacité de modifier ou de révoquer une telle disposition. »

L'article 24 a trait aux dispositions testamentaires, l'article 25 quant à lui traite des pactes successoraux.

a) Validité au fond des dispositions autres que les pactes successoraux

3405 En la matière, c'est une lecture combinée des articles 24 et 26 du règlement (UE) nº 650/2012 qui permet d'appréhender la règle.

Il convient ici, par dérogation au plan choisi, d'analyser la recevabilité au fond des dispositions à cause de mort d'une façon globale (en présence ou en l'absence d'un choix de loi).

L'article 24 précise :

« 1. La recevabilité et la validité au fond d'une disposition à cause de mort autre qu'un pacte successoral sont régies par la loi qui, en vertu du présent règlement, aurait été applicable à la succession de la personne ayant pris la disposition si elle était décédée le jour de l'établissement de la disposition.

(524) C'est l'hypothèse du conflit mobile.

2. Nonobstant le paragraphe 1, une personne peut choisir comme loi régissant sa disposition à cause de mort, quant à sa recevabilité et à sa validité au fond, la loi que cette personne aurait pu choisir en vertu de l'article 22, selon les conditions qui y sont fixées.

3. Le paragraphe 1 s'applique, selon le cas, à la modification ou à la révocation d'une disposition à cause de mort autre qu'un pacte successoral. En cas de choix de loi effectué conformément au paragraphe 2, la modification ou la révocation est régie par la loi choisie ».

En présence d'un choix de loi, c'est donc à la loi choisie par le défunt que devra répondre le fond de la disposition testamentaire.

En l'absence d'un choix de loi, c'est la loi découlant de l'application de l'élément de rattachement prévu par l'article 21, celle de la résidence habituelle (525) ou exceptionnellement celle de l'État avec lequel le défunt entretenait des liens manifestement plus étroits (526), qui s'appliquerait pour préjuger de la validité au fond de la disposition. Dans un tel cas, la recherche de la loi applicable doit être fictivement effectuée comme si le disposant était décédé le jour où il a établi la disposition à cause de mort.

b) Validité au fond des dispositions constituant un pacte successoral

3406 En droit français interne, un pacte successoral est une convention portant sur la totalité ou une partie des biens qui dépendront de la masse successorale d'une personne vivante.

Le pacte sur succession future est caractérisé s'il réunit quatre éléments :
- il doit être irrévocable ;
- il doit porter sur tout ou partie d'une succession ;
- la succession ne doit pas être encore ouverte, en ce que le décès n'est pas encore intervenu ;
- il confère un droit éventuel à une personne.

Les pactes successoraux étaient de principe prohibés en France (527), et ce dans l'objectif de garantir aux individus la possibilité de déterminer jusqu'à leur mort les personnes qui recueilleront leur patrimoine.

Au fil du temps, le législateur a concédé un certain nombre d'exceptions à la règle de la prohibition. On retiendra parmi elles certains pactes autorisés par le droit des sociétés (528), et d'autres permettant d'organiser sa succession, comme l'action en renonciation anticipée à l'action en réduction, la donation-partage, la donation entre époux de biens à venir, la convention d'indivision prévoyant une faculté de rachat de la part d'un indivisaire par ses coïndivisaires (529), la libéralité graduelle (530), la libéralité résiduelle (531).

L'article 25 du règlement (UE) n° 650/2012 est consacré aux pactes successoraux.

(525) V. *infra*, n° 3407.
(526) V. *infra*, n° 3408.
(527) C. civ., art. 1130 ancien.
(528) Pour les sociétés civiles : C. civ., art. 1870 ; pour les sociétés en nom collectif : C. com., art. L. 221-15 ; pour les sociétés en commandite simple : C. com., art. L. 222-10, al. 2.
(529) C. civ., art. 1873-3.
(530) L'article 1048 du Code civil dispose qu'« une libéralité peut être grevée d'une charge comportant l'obligation pour le donataire ou le légataire de conserver les biens ou droits qui en sont l'objet et de les transmettre, à son décès, à un second gratifié, désigné dans l'acte ».
(531) L'article 1057 du Code civil prévoit qu'« il peut être prévu dans une libéralité qu'une personne sera appelée à recueillir ce qui subsistera du don ou legs fait à un premier gratifié à la mort de celui-ci ».

Pour appréhender la validité au fond d'un choix de loi contenu dans un pacte successoral, il convient de combiner l'article 25 avec l'article 26 sus-relaté.

Là encore, par dérogation au plan choisi, pour une meilleure compréhension il convient d'analyser la recevabilité au fond du pacte successoral dans globalité (en présence ou en l'absence d'un choix de loi).

« Article 25 – Pacte successoral

1. Un pacte successoral qui concerne la succession d'une seule personne est régi, quant à sa recevabilité, sa validité au fond et ses effets contraignants entre les parties, y compris en ce qui concerne les conditions de sa dissolution, par la loi qui, en vertu du présent règlement, aurait été applicable à la succession de cette personne si elle était décédée le jour où le pacte a été conclu.

2. Un pacte successoral qui concerne la succession de plusieurs personnes n'est recevable que s'il l'est en vertu de chacune des lois qui, conformément au présent règlement, aurait régi la succession de chacune des personnes concernées si elles étaient décédées le jour où le pacte a été conclu.

Un pacte successoral qui est recevable en vertu du premier alinéa est régi, quant à sa validité au fond et à ses effets contraignants entre les parties, y compris en ce qui concerne les conditions de sa dissolution, par celle des lois visées au premier alinéa avec laquelle il présente les liens les plus étroits.

3. Nonobstant les paragraphes 1 et 2, les parties peuvent choisir comme loi régissant leur pacte successoral, quant à sa recevabilité, sa validité au fond et ses effets contraignants entre les parties, y compris en ce qui concerne les conditions de sa dissolution, la loi que la personne ou l'une des personnes dont la succession est concernée aurait pu choisir en vertu de l'article 22, selon les conditions qui y sont fixées. »

En présence d'un choix de loi, c'est donc au regard de la loi choisie par le défunt que sera analysée la validité au fond du pacte successoral.

En l'absence de choix de loi, il convient de distinguer selon que le praticien est en présence d'un pacte successoral concernant la succession d'une personne ou de plusieurs personnes.

Si le pacte a trait à la succession d'un seul individu, la validité au fond de celui-ci sera appréciée au regard de la loi qui découlerait de l'application des éléments de rattachement prévus à l'article 21 du règlement (résidence habituelle, ou exceptionnellement loi du pays avec lequel le défunt entretenait des liens manifestement plus étroits), si le disposant était décédé le jour de la conclusion du pacte.

Si le pacte gouverne la succession de plusieurs personnes, la validité au fond de celui-ci sera appréciée au regard de chacune des lois qui auraient régi la succession de chacun des disposants s'ils étaient décédés le jour de la conclusion du pacte. Dans ce cas, le cumul des lois applicables aboutit à reconnaître la validité du pacte au fond uniquement si toutes les lois en présence s'y accordent.

Il convient de signaler que ces règles sont applicables à la validité au fond des pactes, mais aussi à leur recevabilité et leurs effets contraignants, en ce compris les conditions de leur dissolution.

L'étude de la validité au fond des dispositions à cause de mort, qui aurait dû être uniquement présentée conformément au plan retenu, sous l'angle du choix de loi, mais qui pour des raisons de meilleure compréhension a été appréhendée dans son ensemble, permet en fait l'introduction de la règle d'application de l'élément de rattachement subsidiaire dont

dispose le règlement (UE) nº 650/2012 à défaut de choix de loi : il s'agit de la résidence habituelle du défunt.

§ III En l'absence d'un choix de loi : loi de la résidence habituelle

3407 L'article 21 du règlement (UE) nº 650/2012, énonce : « 1. 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 (...) ».

À défaut de choix, la loi applicable à la succession du défunt sera celle de la résidence habituelle de ce dernier.

Il convient de remarquer que la nationalité du défunt est indifférente. Elle n'est absolument pas prise en considération.

L'élément unique à retenir est la résidence habituelle.

La notion de résidence habituelle n'est pas définie par le règlement et est par conséquent difficile à appréhender.

Il est intéressant de noter que les considérants 23 (532), 24 (533) et 25 (534) apportent des informations qui permettent de mieux l'appréhender.

(532) Règl. (UE) nº 650/2012, consid. 23 : « Compte tenu de la mobilité croissante des citoyens et afin d'assurer une bonne administration de la justice au sein de l'Union et de veiller à ce qu'un lien de rattachement réel existe entre la succession et l'État membre dans lequel la compétence est exercée, le présent Règlement devrait prévoir que le facteur général de rattachement aux fins de la détermination, tant de la compétence que de la loi applicable, est la résidence habituelle du défunt. Afin de déterminer la résidence habituelle, 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 d'ans 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 ».

(533) Règl. (UE) nº 650/2012, consid. 24 : « Dans certains cas, il peut s'avérer complexe de déterminer la résidence habituelle du défunt. Un tel cas peut se présenter, en particulier, lorsque, pour des raisons professionnelles ou économiques, le défunt était parti vivre dans un autre État pour y travailler, parfois pendant une longue période, tout en ayant conservé un lien étroit et stable avec son État d'origine. Dans un tel cas, le défunt pourrait, en fonction des circonstances de l'espèce, être considéré comme ayant toujours sa résidence habituelle, dans son État d'origine, dans lequel se trouvait le centre des intérêts de sa vie familiale et sociale. D'autres cas complexes peuvent se présenter lorsque, le défunt vivait de façon alternée dans plusieurs États ou voyageait d'un État en un autre sans s'être installé de façon permanente dans un État. Si le défunt était ressortissant de l'un de ses États ou y avait l'ensemble de ses principaux biens, sa nationalité ou le lieu de situation de ces biens pourrait constituer un critère particulier pour l'appréciation globale de toutes les circonstances de fait ».

(534) Le considérant 25 du règlement (UE) nº 650/2012 est relatif à la loi applicable à la succession. Il est toutefois intéressant d'en prendre connaissance, la détermination de la résidence habituelle étant l'élément de rattachement pertinent pour déterminer la loi applicable en vue d'assurer l'unité des compétences juridictionnelle et législative. Ainsi, ce considérant énonce : « En vue de déterminer la loi applicable à la succession, l'autorité chargée de la succession peut, dans des cas exceptionnels où, par exemple, le défunt s'était établi dans l'État de sa résidence habituelle relativement peu de temps avant son décès et que toutes les circonstances de la cause indiquent qu'il entretenait manifestement des liens plus étroits avec un autre État, parvenir à la conclusion que la loi applicable à la succession ne devrait pas être la loi de l'État de résidence habituelle du défunt mais plutôt celle de l'État avec lequel le défunt entretenait manifestement des liens plus étroits. Les liens manifestement les plus étroits ne devraient toutefois pas être invoqués comme facteur de rattachement subsidiaire dès que la détermination de la résidence habituelle du défunt au moment de son décès s'avère complexe ».

Ceux-ci préconisent une approche *in concreto*, devant permettre de mettre en exergue l'existence d'un « lien étroit et stable avec l'État concerné », en privilégiant la méthode du faisceau d'indices. Ils préconisent également, dans certains cas complexes mettant en jeu des déplacements fréquents et des liens étroits avec au moins deux États, que certains critères (telle la nationalité par exemple) puissent revêtir un caractère prépondérant, susceptible d'emporter l'adhésion du choix du praticien.

On notera que la Convention de La Haye du 1er août 1989 sur la loi applicable aux successions, texte précurseur du règlement (UE) nº 650/2012, prévoyait une utilisation combinée de la nationalité et d'une notion de durée pour déterminer la résidence habituelle (535). Ces critères n'ont pas été repris *stricto sensu* par le règlement. Les considérants susvisés commandent néanmoins de garder à l'esprit ces notions pour parvenir à la détermination de la résidence habituelle.

Il est important de rappeler qu'en droit international privé, la notion de résidence habituelle (536) n'est pas transposable d'une matière à une autre (537).

Il en découle alors la nécessité de rechercher les éléments permettant d'établir un lien étroit et stable avec un État.

Mes Jean Gasté et Xavier Ricard (538) ont dressé un tableau d'indices objectifs permettant de comparer les liens existant entre les différents États en cause et le défunt, et de procéder ainsi à une comparaison.

Il convient de noter que la liste des indices y figurant n'est qu'une proposition d'éléments pouvant être pris en compte, elle ne constitue aucunement une liste exhaustive.

(535) Conv. La Haye, art. 3 : « La succession est régie par la loi de l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès, lorsque le défunt possédait alors la nationalité de cet État » ; « La succession est également régie par la loi de l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès, s'il avait résidé dans cet État pendant une période d'au moins cinq ans précédant immédiatement son décès (...) ».

(536) Sur la notion de résidence habituelle en matière successorale : M. Da Lozzo, *Vers une spécialisation de la notion de résidence habituelle: les précisions du nouveau règlement succession* (www.gdr-elsj.eu/2012/08/15/cooperation-judiciaire-civile/vers-une-specialisation-de-la-notion-de-residence-habituelle-les-precisions-du-nouveau-reglement-successions/).

(537) Sur l'impossibilité de transposer la définition de la notion de « résidence habituelle » d'une matière à une autre, V. CJCE, 2 avr. 2009, aff. C-523/07, spéc. pts 36-39 : « La jurisprudence de la Cour relative à la notion de résidence habituelle dans d'autres domaines du droit de l'Union européenne (...) ne saurait être directement transposée dans le cadre de l'appréciation de la résidence habituelle des enfants, au sens de l'article 8, paragraphe 1, du règlement. La "résidence habituelle" de l'enfant, au sens de l'article 8, paragraphe 1, du règlement, doit être établie sur la base d'un ensemble de circonstances de fait particulières à chaque cas d'espèce. Outre la présence physique de l'enfant dans un État membre, doivent être retenus d'autres facteurs susceptibles de faire apparaître que cette présence n'a nullement un caractère temporaire ou occasionnel et que la résidence de l'enfant traduit une certaine intégration dans un environnement social et familial. Doivent être notamment pris en compte la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire d'un État membre et du déménagement de la famille dans cet État, la nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de scolarisation, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux de l'enfant dans ledit État ». Sur cet arrêt, V. not. Ph. Guez : *Gaz. Pal.* 2009, nos 331-332, p. 15.

(538) J. Gasté et X. Ricard, *Règlement Successions : les questions à se poser : Defrénois* 14 sept. 2017, nº 18, p. 15 et s.

Tableau d'aide à la détermination de la résidence habituelle

INDICES	État A	État B
INDICES SPATIAUX		
Lieu(x) d'exercice de la profession		
Lieu(x) du centre de vie familiale		
Lieu(x) du centre de vie sociale		
SITUATION GÉOGRAPHIQUE DES BIENS IMMOBILIERS		
Résidence principale		
Résidence secondaire		
Immeuble de rapport		
SITUATION GÉOGRAPHIQUE DES BIENS MOBILIERS		
Banques (nombres de comptes le cas échéant)		
Parts sociales		
INDICES TEMPORELS		
Durée de présence		
Régularité de la présence		
INDICES QUALITATIFS		
Nationalité		
Raisons de la mobilité		
Missions ou fonctions exercées		
Conditions		
INDICE SUBJECTIF		
Volonté du défunt de s'installer durablement		
TOTAL		
CHOIX RETENU POUR LA RÉSIDENCE HABITUELLE		

Il existe des cas dans lesquels il sera difficile de déterminer la résidence habituelle du défunt, notamment en présence de travailleurs frontaliers, d'étudiants réalisant des études à l'étranger, de personnes placées en maisons de retraite à l'étranger, etc.

Des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour de cassation sont attendues à ce sujet.

Si, après cette analyse, la détermination de la résidence habituelle demeure impossible ou si elle aboutit à l'application d'une loi inadéquate, au regard de la situation d'espèce du défunt, il conviendra d'appliquer la clause d'exception prévue au 2 de l'article 21 du règlement.

§ IV Détermination de la loi applicable par le jeu de la clause d'exception

L'article 21-2 du règlement (UE) nº 650/2012, dispose : « 2. Lorsque, à titre exceptionnel, il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que, au moment de son décès, le défunt présentait des liens manifestement plus 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 État ». **3408**

Aussi baptisée « clause de sauvegarde », cette clause d'exception est fondée sur la théorie anglo-saxonne du *forum non conveniens* (539).

Elle ne peut jouer que lorsque le défunt n'aura pas effectué de choix de loi.

Cette clause de sauvegarde ne doit pas être utilisée comme « un facteur de rattachement subsidiaire dès que la détermination de la résidence habituelle du défunt au moment de son décès s'avère complexe » ainsi que le précise le considérant 25.

Elle présente l'intérêt de permettre d'éviter l'application de la loi de résidence habituelle lorsqu'il résulte de celle-ci un résultat manifestement inapproprié.

Cependant, il convient de garder à l'esprit que cette clause d'exception peut avoir l'effet pervers d'anéantir la planification successorale qui avait été mise en place, et donc devenir source d'insécurité.

Plus généralement, il peut lui être fait le reproche de s'avérer contraire au principe de prévisibilité de la loi successorale sur lequel se fonde le règlement.

Il en découle que l'utilisation de cette clause doit donc être absolument exceptionnelle.

Elle ne sera possible que :
- parce que le praticien se trouve dans l'impossibilité de déterminer la résidence habituelle ;
- ou parce que le rattachement à la résidence habituelle du défunt conduit à des résultats non satisfaisants eu égard au contexte en présence. Là encore, le praticien devra appliquer la méthode du faisceau d'indices pour déterminer que *l'ensemble des circonstances de la cause* implique la désignation d'une loi applicable plus adéquate que celle qui découlerait de l'application de la loi de résidence habituelle du défunt.

Le notaire choisissant d'avoir recours à la clause d'exception prévue à l'article 21-2 du règlement (UE) nº 650/2012 devra motiver sa décision de manière étayée et exhaustive.

Attention

Un accord unanime des héritiers au terme duquel le notaire serait requis d'appliquer la clause d'exception ne pourrait être validé s'il n'existe pas de circonstances exceptionnelles permettant son application.

L'application de l'ensemble des règles de conflit du *for* (qualification et éléments de rattachement) qui vient d'être exposé, auquel sera lié le notaire français, permet de déterminer l'ordre juridique d'un État. Cette désignation d'un ordre juridique peut faire apparaître l'utilisation de correctifs par le praticien.

(539) Pouvoir discrétionnaire du juge dans les pays de *common law* de décliner sa compétence s'il estime ne pas être le juge le mieux placé pour statuer sur un litige international. Ce principe du *forum non conveniens*, fondé sur la recherche du *for* de proximité, a notamment été consacré par l'arrêt *Spiliada*. Certains auteurs voient en lui un instrument de correction des règles de compétence juridictionnelle ou encore une arme anti *forum shopping*. Sur le *forum non conveniens*, V. C. Chalas, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, PUAM, 2000, p. 346 et 753.

Sous-section II Mise en œuvre du rattachement : les correctifs

3409 Plusieurs correctifs peuvent venir modifier l'application des règles découlant de l'ordre juridique désigné par le rattachement mis en place par la règle de conflit française.

Il s'agit de la fraude à la loi **(§ I)**, du renvoi **(§ II)** et de l'ordre public **(§ III)**.

§ I La fraude à la loi

3410 En droit international privé, la fraude à la loi repose sur une modification de l'élément de rattachement qui détermine la loi applicable dans le seul but de soustraire la situation à l'application de celle-ci pour échapper à une disposition nationale défavorable.

Pour que la fraude soit caractérisée, il faut la réunion de trois éléments :
- un élément matériel qui consiste en la modification de l'élément de rattachement ;
- un élément moral : il faut caractériser la volonté de fausser la règle de conflit ;
- un élément légal : une personne recherchant l'application d'une loi plus favorable tente par conséquent d'échapper à la loi dont l'application de la règle de conflit aboutit à la désignation.

On ne distingue plus selon que cette manœuvre aboutit à l'application ou à l'éviction de l'application de la loi française.

En matière successorale, dans le cadre de décès intervenus avant l'entrée en vigueur du règlement « Successions », la fraude à la loi a été caractérisée dans l'arrêt *Caron* (540), affaire au cours de laquelle un bien immobilier a été régulièrement ameubli dans le seul et unique but d'éviter l'application de la réserve héréditaire prévue par la loi française qui devait normalement s'appliquer conformément à une utilisation régulière de la règle de conflit.

Une telle fraude demeure exceptionnelle en ce qu'en l'espèce, la fraude aux droits des héritiers réservataires était flagrante (il existait en l'espèce une preuve tangible de l'intention fraudeuse).

Il convient de ne pas considérer systématiquement que l'apport ou la vente d'un immeuble situé en France à une société française ou étrangère constitue une fraude à la loi, dans la mesure où ce type d'opérations peut être motivé valablement par des circonstances familiales, économiques ou fiscales découlant notamment d'une stratégie d'*estate planning* (541).

Notamment, la Cour de cassation l'a récemment rappelé dans les arrêts *Jarre* et *Colombiers*, dont il sera question ci-après (542).

L'entrée en application du règlement (UE) n° 650/2012, qui conduit à ne plus opérer de distinction entre les biens mobiliers et les biens immobiliers dépendant de la succession, comme il sera expliqué ci-après, suscite nécessairement des interrogations sur la possibilité de voir en pratique intervenir une fraude à la loi.

En effet la jurisprudence, en matière successorale, ne vise à ce jour qu'une manipulation, sans infraction légale, des critères de rattachement ayant pour but de faire migrer un bien

(540) Cass. 1re civ., 20 mars 1985. – Ph. Francescakis, *Rép. dr. int.* Dalloz, V° *Fraude à la loi*, n° 6. – B. Audit : *JCl. Droit international*, Fasc. 535. – G. Droz et M. Revillard : *JCl. Droit international*, *op. cit.*, Fasc. 557-10, nos 99 et s.

(541) En français : planification patrimoniale.

(542) V. *infra*, n° 3422.

de nature immobilière vers une nature mobilière pour échapper à une loi plus défavorable qui serait normalement applicable.

Ainsi la fraude à la loi, en matière successorale, ne pourrait aujourd'hui être caractérisée que par un déplacement de résidence habituelle ou un choix de nationalité, réalisé légalement, dans le seul but de soustraire la succession du défunt à la loi normalement compétente.

Mme Marie-Laure Niboyet et M. Géraud de Geouffre de la Pradelle précisent que « l'exception de fraude à la loi est donc un instrument judiciaire de moralisation des comportements des parties pour empêcher que celles-ci ne profitent de la dimension internationale de la situation pour se jouer de l'autorité des lois » (543).

Les hypothèses de fraude à loi aboutissent à une application immédiate de la loi contournée par la fraude, et sont à ce jour extrêmement rares.

Beaucoup plus fréquemment intervient un autre correctif : le renvoi.

§ II Le renvoi

3411 Le renvoi, qui trouve son origine dans l'arrêt *Forgo* (544), est admis en droit français, en matière de succession, de statut personnel et de divorce. Il n'est pas admis en matière de contrats, de forme des contrats et de régime matrimonial. Il est discuté au sujet de la filiation.

Il résulte nécessairement d'un conflit de loi négatif, c'est-à-dire lorsque les États en présence ont chacun des éléments de rattachement qui désignent le système juridique de l'autre (545).

En matière successorale, il convient d'envisager le renvoi autour de la date charnière du 17 août 2015.

A/ Le renvoi dans le cadre d'un décès intervenu avant le 17 août 2015

3412 Lorsque le renvoi intervient dans le cadre d'une succession faisant suite à un décès intervenu avant le 17 août 2015, il faut distinguer deux cas.

1/ Le renvoi au premier degré

3413 L'État désigné comme compétent par la règle de conflits française (par ex., *lex rei sitae*) renvoie, par le jeu de la mise en œuvre de l'élément de rattachement de sa règle de conflit locale (par ex. : loi de nationalité, ou loi de dernier domicile), au droit français.

Le droit français accepte alors sa compétence, car le jeu des règles de conflits des États intéressés par la situation aboutit à l'unicité de la succession. Il convient de noter que l'application de la loi du *for* facilite de surcroît le règlement de la succession.

Cette construction est d'origine doctrinale et jurisprudentielle.

(543) *Droit international privé*, LGDJ/Lextenso, 6e éd., p. 291, no 391.

(544) Cass. civ., 24 juin 1878, *Forgo : DP* 1879, I, 56 ; *S.* 1878, I, 429 ; *GAJFDIP*, 5e éd. 2006, nos 7-8, B. Ancel et Y. Lequette.

(545) Par opposition au conflit positif dans lequel chaque État en présence dispose d'un élément de rattachement lui donnant compétence. Il n'y a alors pas de problème de renvoi. L'autorité saisie appliquera purement et simplement sa loi matérielle de son ordre juridique.

Depuis l'arrêt *Riley* du 11 février 2009 (546), le renvoi est admis en matière successorale par le droit français lorsqu'il aboutit à éviter le morcellement et qu'il assure ainsi une unicité de loi applicable.

Cette solution concernait une succession immobilière, elle a été étendue aux successions mobilières dans un arrêt du 23 juin 2010 (547) et confirmée encore récemment le 15 mai 2018 (548).

II/ Le renvoi au second degré

3414 L'État désigné comme compétent par la règle de conflit française renvoie, par le jeu de la règle de conflit locale, à l'ordre juridique d'un troisième État.

Le renvoi au second degré trouve son origine dans l'arrêt *de Marchi Della Costa* (549).

Il convient alors d'envisager deux cas de figure :

a) Acceptation de l'offre de compétence

3415 Le troisième État, ainsi désigné, accepte sa compétence. Si ce renvoi facilite le règlement de la succession du défunt en ce qu'il tend vers une unicité de la loi applicable à la succession de ce dernier, il serait possible de penser que le droit français accepte alors ce renvoi et décline ainsi sa compétence du *for*. Il n'existe pas à ce jour de jurisprudence concernant cette hypothèse.

b) Refus de l'offre de compétence

3416 Pour le cas où ce renvoi au second degré n'est pas accepté par le troisième État désigné, il y aura lieu de constater l'échec du raisonnement conflictuel.

On se trouve alors dans l'hypothèse du « cercle vicieux ».

Le droit international du troisième État renvoie :
- soit au droit international privé du second État, il en ressort un phénomène de va-et-vient incessant ;
- soit au droit international privé d'un quatrième État.

De tels cas sont jusqu'alors purement théoriques en ce qu'ils n'ont, à ce jour, jamais donné lieu à des décisions jurisprudentielles.

Plusieurs solutions sont envisageables pour résoudre la difficulté ainsi soulevée. Il sera possible :
- d'appliquer la loi matérielle du *for*, en invoquant la théorie du *forum necessitatis* qui donne une vocation subsidiaire de la loi du *for*. Il sera alors fait application de la loi matérielle française à l'ensemble de la succession. L'objectif d'unicité de la succession est ainsi assuré. Certains reprochent cependant à cette solution d'être teintée d'unilatéralisme ;
- de forcer la règle de conflit, et d'appliquer ainsi la loi successorale matérielle de l'État désigné par la règle de conflit du deuxième État, lui-même désigné par la règle de conflit française. Dans cette hypothèse, le droit international privé du troisième État n'est pas

(546) Cass. 1re civ., 11 févr. 2008, *Horace et Charles Riley* c/ *Richard Riley : D.* 2009, p. 1658, note G. Lardeux ; *AJF* 2009, p. 356, obs. A. Boiché. En matière de succession immobilière, le renvoi opéré par la loi de la situation de l'immeuble ne peut être admis que s'il assure l'unité de la succession et l'application d'une même loi aux meubles et aux immeubles.

(547) Cass. 1re civ., 23 juin 2010, no 09-11.901, PS-P+B+L : *Defrénois* 2010, 1805, note P. Callé ; *JCP* N 2010, 1308, note A. Devers ; *JDI* 2010, 1263, note M. Péroz.

(548) Cass. 1re civ., 15 mai 2018, no 17-11.571.

(549) Cass. civ., 7 mars 1938, *de Marchi Della Costa : Rev. crit. DIP* 1938, p. 472, note H. Batiffol.

appliqué. Il peut être opposé à cette solution une certaine automaticité et objectivité qui peuvent contrevenir au principe de recherche de la proximité de rattachement ;
- de « s'en remettre au système de droit international privé de la loi désignée par la règle de conflit du for. Si celui-ci écarte le renvoi, on appliquera la loi qu'il désigne. S'il accepte au contraire le renvoi qui lui est fait par la loi tierce, on appliquera sa propre loi » (550). Cette solution est préconisée par les professeurs Henri Batiffol et Paul Lagarde, elle présente l'intérêt d'être plus modérée ;
- d'appliquer la loi matérielle de l'État désignée par la règle de conflit française. Cette solution est fondée sur le principe que l'essence même du renvoi est de poursuivre un objectif de coordination. Si le jeu du renvoi n'assure pas celui-ci, il convient de l'écarter et d'appliquer ainsi la loi matérielle désignée par la règle de conflit française.

Dans un tel contexte et face à ces différentes options n'ayant fait l'objet d'aucune prise de position jurisprudentielle, il semble prudent de considérer que le praticien devra appliquer l'analyse permettant d'aboutir à l'unicité de la loi applicable.

La solution ainsi dégagée devra faire l'objet d'un exposé dans les actes que dressera le praticien, afin d'attirer l'attention des parties sur le fait qu'en cas de contentieux, il existe un aléa sur la détermination de la loi applicable ainsi retenue du fait de l'absence actuelle de jurisprudence.

B/ Le renvoi dans le cadre d'un décès intervenu après le 17 août 2015

Le règlement (UE) n° 650/2012 assure une convergence des règles de conflit de lois. Il ne peut donc pas y avoir de cas de renvoi entre les États membres. **3417**

Le renvoi ne peut plus se présenter qu'en présence d'un État tiers.

Le règlement encadre ces cas de renvoi. Son article 34 dispose en effet :

« 1. 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) à la loi d'un État membre ; ou
b) à la loi d'un autre État tiers qui appliquerait sa propre loi ».

Le règlement prévoit deux hypothèses :
- celle du renvoi à la loi d'un État membre.
  Dans ce cas, le renvoi peut être appliqué jusqu'au deuxième degré. Le jeu du renvoi peut ainsi aboutir à une application tant de la loi matérielle du for que de celle d'un autre État membre ;
- celle du renvoi à la loi d'un État tiers qui accepte sa compétence.

Il n'y a alors pas de difficulté. C'est la loi matérielle de cet État tiers qui est appliquée.

Il existe cependant plusieurs exceptions à ce principe, visées par le 2 : « 2. 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 ».

(550) V. Batiffol et Lagarde, t. I, n° 308.

Il résulte des termes l'article 34 du règlement n° 650/2012, et plus généralement de l'analyse qui précède dans ce rapport que le renvoi ne trouvera pas application dans cinq cas :
- en présence d'une loi de police (551) ;
- lorsque la loi désignée est celle d'un État tiers, et que celui-ci n'accepte pas sa compétence (552) ;
- en matière de validité des actes juridiques (553) ;
- lorsque la loi désignée l'a été au moyen de l'utilisation de la clause d'exception (554) ;
- quand le défunt a réalisé un choix de loi (555).

Lorsque l'État tiers n'accepte pas sa compétence, une analyse plus approfondie s'impose. En effet, la réaction de l'État qui subit le rejet du renvoi doit être prise en compte.

Deux cas de figure sont alors à envisager :
- l'État qui subit le rejet du renvoi prévu par l'article 34 du règlement accepte sa compétence de manière subsidiaire.
  À titre d'exemple, la Grande-Bretagne renvoie la compétence à la loi française pour les immeubles, la France rejette le renvoi du fait de l'application de l'article 34, pour le cas où le défunt a réalisé une *professio juris*. La Grande-Bretagne acceptera de traiter l'intégralité de la succession du défunt du fait qu'elle accepte sa compétence de manière subsidiaire dans les situations de blocage.
  Il n'y a alors pas de problème. On notera que l'article 34 assure ainsi son objectif d'unicité de la succession ;
- l'État qui subit le rejet du renvoi prévu par l'article 34 du règlement rejette sa compétence, car il n'est pas prévu de compétence subsidiaire dans son ordre juridique.
  Sur le fondement de la théorie du *forum necessitatis*, il sera alors permis à la loi française de trouver application en vertu de la compétence subsidiaire du *for* que prévoit le règlement.

Cette analyse invite à considérer que le renvoi n'est pas un mécanisme obligatoire. Il doit être écarté lorsqu'il aboutit à une rupture du principe d'unité dont dispose le règlement (UE) n° 650/2012.

Le professeur Johanna Guillaumé estime que « de la même façon que le juge français ne fait jouer le renvoi que s'il parvient à atteindre un certain résultat matériel, le juge ou le notaire qui applique le règlement ne devrait le faire jouer que s'il permet de respecter l'unité juridictionnelle et législative, d'une part, et l'unité de la loi applicable, d'autre part » (556). Il y a lieu de noter que le considérant 57 du règlement poursuit l'objectif d'éviter le dépeçage de la succession et précise qu'il y a lieu « d'accepter ce renvoi, afin de garantir une cohérence au niveau international ».

(551) V. *supra*, nos 3379 et 3388.
(552) Art. 34-1, b) *a contrario*.
(553) Disposition à cause de mort, déclaration concernant l'acceptation ou la renonciation à une succession.
(554) Il serait alors incohérent de faire jouer le renvoi, qui aboutirait probablement à désigner la loi d'un autre État présentant des liens moins étroits. Les impératifs de proximité justifiant le jeu de la clause d'exception seraient alors anéantis.
(555) Le choix de loi porte nécessairement sur la loi matérielle du système choisi. V. *infra*, n° 3389.
(556) J. Guillaumé, *Le droit international privé en tableaux*, Ellipses, coll. « Le droit en fiches et en tableaux », 2017, p. 353, tableau 168.

C/ Le renvoi en matière successorale : droit comparé

3418 Mme Mariel Revillard précise qu'il ressort soit de la législation interne, soit de la jurisprudence locale des États concernés, que le renvoi est :

- exclu par les États suivants : Algérie, Brésil, Canada, Québec, Chine, Danemark, Égypte, Émirats arabes unis, Grèce*, Irak, Jordanie, Koweït, Liban, Libye, Maroc, Norvège, Pays-Bas*, Pérou, République dominicaine, Somalie, Soudan, Suède*, Syrie, Tunisie ;
- admis au premier degré dans les États suivants : Albanie, Argentine, Belgique*, Congo, Cuba, Espagne*, Estonie*, Hongrie*, Japon, Liechtenstein, Lituanie*, Luxembourg*, Mexique, Pologne*, Portugal*, Roumanie*, Russie, Sénégal, Suisse, Thaïlande, Togo, Vietnam ;
- admis au premier et au second degré dans les États suivants : les États membres** adhérant au règlement (UE) nº 650/2012, l'Allemagne*, l'Autriche*, le Burkina Faso, la Finlande*, la France*, l'Italie*, le Royaume-Uni, la Turquie, le Venezuela.

* *Avant l'entrée en application du règlement (UE) nº 650/2012.*

** *Depuis l'entrée en application du règlement (UE) nº 650/2012.*

Pour certains États, le renvoi n'est admis que dans certaines conditions uniquement, il convient donc par prudence de se reporter à son ouvrage (557).

C'est au moyen de l'ensemble des règles de qualification et de conflit qui viennent d'être exposées que la loi matérielle applicable à la succession peut être déterminée.

Si le raisonnement aboutit à l'application de la loi française, le notaire, après avoir fait l'exposé de la détermination de la loi applicable ayant conduit à l'application de la loi française, devra utiliser les règles successorales bien connues de la pratique notariale pour déterminer qui sont les héritiers du défunt. Il n'y a alors aucune difficulté dans cette situation.

En revanche, lorsque le raisonnement conflictuel mené à son terme aboutit à la désignation d'une loi matérielle étrangère, il conviendra de vérifier la compatibilité de celle-ci avec l'ordre public du *for*.

§ III L'application de la loi matérielle étrangère : la question de l'ordre public international

3419 Dans l'hypothèse où la loi matérielle devant s'appliquer à la succession du défunt est une loi étrangère, le notaire sera confronté à la recherche du contenu de celle-ci.

Une fois le contenu de celle-ci appréhendé, le notaire français devra s'assurer que ce contenu ne heurte pas l'ordre public du *for*.

Il est ici primordial de rappeler que l'ordre public international ne doit pas être confondu avec l'ordre public de droit interne. En droit interne, l'expression « règles d'ordre public » vise des règles d'application impérative, auxquelles les parties ne peuvent pas se soustraire conventionnellement.

L'article 35 du règlement (UE) nº 650/2012, dispose : « L'application d'une disposition de la loi d'un État désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for ».

Le considérant 50 du présent règlement apporte la précision suivante : « La loi qui, en vertu du présent règlement, régira la recevabilité et la validité au fond d'une disposition à cause

(557) M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, préf. P. Lagarde, Defrénois, 9e éd. 2018, p. 649, 1118.

de mort ainsi que, en ce qui concerne les pactes successoraux, les effets contraignants d'un tel pacte entre les parties, devrait être sans préjudice des droits de toute personne qui, en vertu de la loi applicable à la succession, peut prétendre à une réserve héréditaire ou jouit d'un autre droit dont elle ne peut être privée par la personne dont la succession est concernée ».

Il convient de noter que le règlement vise indifféremment les dispositions de toutes lois étrangères, qu'il s'agisse de celles d'un État membre ou celles d'un État tiers. Il est également possible d'en déduire que l'application de la loi étrangère doit être appréciée au regard du respect de l'ordre public international du *for* indifféremment selon qu'elle ait été choisie par le défunt (dans le cadre d'un choix de loi) ou qu'elle résulte de l'application de l'élément de rattachement s'appliquant en l'absence de choix.

Dans une opération d'*estate planning*, l'opportunité de l'utilisation de la *professio juris* au profit d'une loi étrangère devra donc être appréciée notamment au regard de l'ordre public international du pays dans lequel cette loi a vocation à produire des effets.

En pratique, il sera rare que la loi d'un État membre heurte l'ordre public international d'un autre État membre.

En effet, d'une part, les États membres, parce qu'ils sont membres de l'Union européenne, bien que présentant de nombreuses différences, sont régis par les mêmes grands principes qui assurent de fait une certaine harmonisation des concepts culturels, politiques et sociologiques au sein de ce groupe. Ils ont notamment tous adhéré à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et sont tous parties à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

D'autre part, le règlement (UE) n° 650/2012 assure une convergence entre le *for* et le *jus*, en ce qu'il réalise une unité entre la compétence de juridiction et la loi applicable. Ce qui par là même réduit considérablement le jeu de l'exception de l'ordre public entre États membres.

La réaction de l'ordre public est plus fréquente lorsque la loi matérielle applicable s'avère être celle d'un État tiers. Plus les valeurs fondamentales dont dispose la loi applicable sont éloignées de celles du *for*, plus le seuil de réaction de l'ordre public international du *for* est bas.

En matière successorale, dans les cas où la loi étrangère semble faire réagir l'ordre public international français, le notaire peut avoir à mener plusieurs analyses.

A/ Rejet d'une loi matérielle qui viendrait contrarier l'ordre juridique du *for*

3420 Lorsque la loi étrangère est reconnue compétente, et que son contenu contrarie l'ordre public international français, elle peut être écartée.

C'est l'exception d'ordre public international.

Ce mécanisme d'éviction ne peut jouer :
- qu'à l'issue du raisonnement conflictuel ;
- qu'au profit de l'application de la loi matérielle française ;
- que de façon exceptionnelle après qu'une appréciation *in concreto* du résultat découlant de l'application de la loi matérielle étrangère a été réalisée ;
- et par voie de conséquence, elle ne joue que contre le résultat qui découle de la loi matérielle étrangère applicable et non contre la loi étrangère elle-même.

L'exception d'ordre public international est une construction jurisprudentielle ; elle impose aux juges et, par voie de conséquence, selon l'esprit du règlement (UE) n° 650/2012, à la

juridiction saisie ou au notaire (558) en charge du règlement de la succession, un travail d'évaluation de l'atteinte à l'ordre public que provoquerait l'application de la loi étrangère.

Il faut rappeler que, selon l'article 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ».

Ainsi, le droit français reconnaît :
- le principe d'égalité des époux (559) ;
- le principe d'égalité des parents (560) ;
- le principe du droit à une filiation (561) ;
- le principe d'ordre public alimentaire (562) ;
- le principe d'indisponibilité de l'état des personnes (563).

Également, comme à l'occasion de l'arrêt *Mazurek* (564) rendu en matière successorale, il peut être retenu pour fondement l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui interdit toute distinction fondée notamment sur « le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

Est également admise à faire jouer l'exception d'ordre public l'application de lois étrangères aboutissant à des situations faisant état de discriminations liées à la race, au sexe (565), ou à la religion (566).

Parfois le notaire peut avoir à mener une analyse différente.

(558) Le notaire assimilé à une juridiction : Règl. (UE) nº 650/2012, art. 3-2 : « Aux fins du présent règlement, le terme "juridiction" désigne toute autorité judiciaire, ainsi que toute autre autorité et tout professionnel du droit compétents en matière de successions qui exercent des fonctions juridictionnelles ou agissent en vertu d'une délégation de pouvoirs d'une autorité judiciaire ou sous le contrôle d'une autorité judiciaire, pour autant que ces autres autorités et professionnels du droit offrent des garanties en ce qui concerne leur impartialité et le droit de toutes les parties à être entendues, et que les décisions qu'ils rendent en vertu du droit de l'État membre dans lequel ils exercent leurs fonctions :
a) puissent faire l'objet d'un recours devant une autorité judiciaire ou d'un contrôle par une telle autorité ; et
b) aient une force et un effet équivalents à une décision rendue par une autorité judiciaire dans la même matière.
Les États membres notifient à la Commission les autres autorités et professionnels du droit visés au premier alinéa conformément à l'article 79 ».

(559) Cass. 1re civ., 17 févr. 2004, nº 01-11.549 : *Bull. civ.* 2004, I, nº 47 et Cass. 1re civ., 17 févr. 2004, nº 02-11.618 : *Bull. civ.* 2004, I, nº 48 ; *D.* 2004, p. 824.

(560) Cass. 1re civ., 4 nov. 2010, nº 09-15.302 : *Bull. civ.* 2010, I, nº 218.

(561) Cass. 1re civ., 10 févr. 1993, nº 89-21.997 : *Bull. civ.* 1993, I, nº 64.

(562) Cass. 1re civ., 16 juill. 1992, nº 91-11.262 : *Bull. civ.* 1992, I, nº 229 ; *Rev. crit. DIP* 1993, p. 269, note P. Courbe.

(563) Cass. ass. plén., 31 mai 1991, nº 90-20.105 : *Bull. civ.* 1991, ass. plén., nº 4.

(564) CEDH, 1er févr. 2000, *Mazurek* c/ *France* : *D.* 2000, 626, note B. Vareille.

(565) T. civ. Alger, 3 févr. 1922 : *Jurispr. Cour d'Alger* 1922, 122. – T. civ. Blois, 30 nov. 1925 : *Rev. crit. DIP* 1929, 614.

(566) Cass. 1re civ., 17 nov. 1964 : *JCP* 1965, II, 13978, concl. Lindon ; *Rép. Commaille* 1965, 249, note G. Droz.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, il semble prudent d'utiliser le mécanisme de l'exception d'ordre public international dans les cas suivants :
- succession dans laquelle le défunt est musulman, si la loi matérielle étrangère aboutit à exhéréder les héritiers non-musulmans par application du privilège de religion applicable dans cet État ;
- succession dans laquelle le défunt est musulman, si la loi matérielle étrangère aboutit à allotir dans une moindre proportion les héritiers de sexe féminin, sauf prise en compte de l'atténuation de l'ordre public international dont il sera question ci-après ;
- succession appliquant le droit d'aînesse : *idem*.

B/ Accueil dans certaines circonstances des effets d'une loi matérielle jugée habituellement contraire à l'ordre public international du *for* : l'ordre public atténué

3421 Dans certaines circonstances fondées sur le principe de la continuité du statut juridique des personnes dont la situation a déjà été tranchée, le résultat de la loi applicable pourtant contraire à l'ordre public international du *for* ne sera pas écarté.

C'est l'ordre public atténué ou l'ordre public de proximité.

Cet effet atténué consiste à dire que l'ordre public peut ne pas s'opposer à l'effet en France de situations créées à l'étranger alors qu'il s'opposerait à la création de ces situations en France.

Cet effet atténué revient à considérer que l'ordre public français peut ne pas s'opposer à l'effet de situations ayant régulièrement pris naissance à l'étranger, bien qu'il s'opposerait à la création de ces situations sur le territoire français.

Cet effet atténué est consacré par l'arrêt *Rivière* (567) dans l'un de ses attendus : « La réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français ».

L'ordre public atténué ne peut jouer qu'exceptionnellement et à trois conditions :
- il s'agit d'un droit acquis sans fraude ;
- à l'étranger ;
- et en conformité par rapport à la loi applicable selon le droit français.

Dans une autre matière, la Cour de cassation a accepté que la seconde épouse d'un mariage polygame obtienne une pension alimentaire alors que le mariage polygamique est interdit en France : « Lorsqu'il s'agit de reconnaître des droits acquis à l'étranger, l'effet de la situation qui y a déjà produit ses effets est moins perturbateur pour l'ordre juridique français. Dans ce cas, seul un degré élevé de contrariété de la loi étrangère aux conceptions françaises justifie une intervention de l'ordre public. Celui-ci produit alors un effet atténué, cette moindre réaction étant, notamment, fonction du temps passé entre la situation juridique cristallisée à l'étranger et la reconnaissance en France de ses effets ».

L'intervention de l'ordre public international nécessite des liens de rattachement suffisants entre le *for* et la situation juridique en présence. Lorsque la première chambre civile se réfère à la nationalité française ou à la résidence habituelle sur le territoire français de l'une des parties, elle pose le principe d'une exigence de proximité.

(567) Cass. 1re civ., 17 avr. 1953.

La Cour de cassation a ainsi jugé (568) que l'ordre public international ne s'oppose pas à l'acquisition de droits en France à l'occasion d'un mariage polygamique valablement célébré à l'étranger, alors qu'un tel mariage serait interdit en France, alors même que la conception française de l'ordre public international « s'oppose à ce que le mariage polygamique contracté à l'étranger par celui qui est encore l'époux d'une Française produise ses effets à l'encontre de celle-ci » (569).

À la lumière de ce qui vient d'être développé, il semble qu'il puisse être préconisé de façon innovante, en matière successorale, d'utiliser de l'ordre public international atténué, dans le cas suivant :

– succession dans laquelle le défunt est musulman, la loi matérielle étrangère aboutit à allotir dans une moindre proportion les héritiers de sexe féminin, à la condition qu'il n'y ait pas eu rupture des liens patrimoniaux et familiaux de l'héritier de sexe féminin avec le pays musulman.

Les critères pris en compte pour mesurer le caractère acceptable de l'application de loi étrangère en France seront :
- la géolocalisation du centre des intérêts de vie de la personne en cause ;
- la densité des liens avec la France ;
- et les mesures prises à l'intérieur du système juridique étranger pour corriger l'inégalité successorale (dot, donations, vocation successorale supplémentaire inconnue du droit français...).

L'analyse de l'ensemble de ces situations, notions et grands principes induit que l'ordre public international, s'il permet d'accueillir un effet d'une loi étrangère dans sa version atténuée, ou d'évincer celui-ci lorsqu'il est fait utilisation de l'exception dont il dispose, est amené à évoluer au fil du temps, notamment parce que la société et les mœurs changent.

Au cœur de ces changements, en matière successorale, la position de l'ordre public international vis-à-vis de la réserve héréditaire fut récemment sujet d'actualité.

C/ Ordre public international et réserve héréditaire

3422 À l'occasion de deux décisions du 27 septembre 2017 (570), la Cour de cassation affirme, mettant fin à une controverse doctrinale, que la réserve héréditaire ne fait pas partie de l'ordre public international français.

Dans une situation internationale, le résultat d'une loi étrangère applicable à une succession ne saurait donc être écarté au seul motif que cette loi ne connaît pas la réserve.

Cette décision s'inscrit dans le prolongement de la brèche qu'avait ouverte en France la réforme du droit des successions du 23 juin 2006, instituant la possibilité pour les futurs héritiers de formuler une action en renonciation anticipée à l'action en réduction.

Le règlement (UE) n° 650/2012, quant à lui, prévoit dans son article 35 que la loi étrangère déterminée à l'issue du conflit de lois ne peut être écartée que si elle est « manifestement » incompatible avec l'ordre public international de l'État dans lequel cette loi doit être appliquée.

(568) Cass. 1re civ., 3 janv. 1980, n° 78-13.762 : *Bull. civ.* 1980, I, n° 4.
(569) Cass. 1re civ., 6 juill. 1988, n° 85-12.743 : *Rev. crit. DIP* 1989, p. 71.
(570) Cass. 1re civ., 27 sept. 2017, 2 arrêts, nos 16-13.151 et 16-17.198 (10005 FS-P+B+R+I et 10004 FS-P+B+R+I). – G. Khairallah, *La réserve héréditaire et les exigences de l'ordre public international : Bull. Cridon Paris* 2 oct. 2017 ; *Defrénois flash* 2017, n° 40, p. 1, 141w8. – M. Grimaldi, *La réserve à la casse ? : Defrénois* 2017, n° 22, p. 1. – M. Goré, *Requiem pour la réserve héréditaire : ibid.*, p. 26.

Cette disposition du règlement traduit clairement la volonté du législateur européen d'éviter l'éviction de la loi étrangère au seul motif qu'elle ignore la réserve héréditaire.

Ainsi, il semble possible de déduire des ces décisions que :
- les étrangers qui vivent en France ou les Français qui s'installent à l'étranger ont potentiellement plus de liberté testamentaire que les Français résidant sur notre territoire ;
- qu'à l'avenir, la *professio juris*, dans le cadre d'une succession soumise à la loi française, pourra être utilisée par les binationaux ou les étrangers comme un moyen de contournement de la réserve héréditaire.

Il convient néanmoins d'analyser ces deux décisions, pour y apporter prudence et tempérament.

Les deux décisions traitent de cas similaires :

Il s'agit d'un Français installé depuis plusieurs dizaines d'années aux États-Unis, en Californie, ayant constitué un trust dans lequel il loge l'intégralité de son patrimoine composé de biens situés en France et aux États-Unis, et dont il désigne pour bénéficiaire sa dernière épouse, qui s'avère ne pas être la mère de ses enfants qui sont majeurs au moment de son décès.

Au décès de ce dernier, les enfants sont privés de tous droits successoraux du fait de l'application de la loi californienne. Ils contestent de ce fait les dispositions prises par le défunt, s'estimant lésés.

Dans leur pourvoi, les enfants soutiennent notamment que la loi désignée par la règle française de conflit de lois, à savoir la loi successorale de Californie, loi du dernier domicile du défunt, est contraire à l'ordre public international français car elle ignore la réserve.

La Cour de cassation écarte cet argument pour le motif suivant : « Attendu 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 », et la cour d'ajouter que : « Les parties ne soutiennent pas se trouver dans une situation de précarité économique ou de besoin ».

Appliquant un raisonnement qui semble se rattacher à la notion d'ordre public atténué, la Cour de cassation encadre l'application d'une loi étrangère ayant pour résultat une atteinte à la réserve héréditaire :
- l'atteinte à la réserve ne doit pas s'accompagner de la violation d'un principe du droit français considéré comme essentiel ;
- les juges motivent leur décision en indiquant que l'installation du défunt en Californie était « ancienne et durable », et par là même excluent le cas de l'application d'une loi étrangère résultant d'une fraude ;
- la privation de l'application de la réserve doit mettre les héritiers « dans une situation de précarité ou de besoin ».

Il semble alors légitime de devoir se poser un certain nombre de questions :
- la Cour de cassation rend une décision en présence d'héritiers majeurs, celle-ci aurait-elle été identique en présence d'héritiers mineurs ?
- qu'est-ce qu'une situation précaire ? Comment apprécie-t-on le niveau de besoin ? Quelle est la conséquence s'il y a apparition d'une situation précaire : réinstaure-t-on la réserve ?
- comment devient-on en état de dépendance économique ? Celle-ci doit-elle être une conséquence directe de la succession, ou peut-elle lui préexister ?
- à qui incombent la recherche et l'appréciation de cet état de dépendance ? Le notaire doit-il se livrer à l'exercice périlleux que représente cette appréciation ?

Dans l'affirmative, il appartiendrait à ce dernier de devoir rechercher dans la loi étrangère désignée s'il existe un seuil financier défini en deçà duquel une personne est considérée dans le besoin ou dans une situation précaire.

Certains États disposent d'éléments de référence pouvant servir d'indices (par ex., loi californienne : *family provisions* ; loi britannique : *provision for dependents*, etc.)

En l'absence de telles références, une solution pourrait consister à demander un *affidavit* à un professionnel étranger dans lequel il serait établi que, dans tel ou tel cas qui a été jugé, il a été décidé par la cour que le seuil était de tel ou tel montant.

Pour conclure, en matière de réserve héréditaire, lorsque la loi matérielle française successorale est applicable, les héritiers spoliés par un legs auront une action en réduction.

Lorsque la loi étrangère est applicable, les héritiers auront une action en aliments contre les légataires.

Illustration **3423**

M. A est britannique. Il laisse un testament (que l'on supposera valable en la forme) dans lequel il institue M^lle^ B, sa concubine, comme légataire universelle. Il a deux enfants d'un premier lit. Il est propriétaire d'un immeuble en France. Il réside habituellement à Londres lors de son décès intervenu le 4 août 2018.

Hypothèse 1

M. A n'a pas fait de *professio juris*. À l'issue du raisonnement conflictuel, il y a aura lieu d'appliquer à l'immeuble français la loi française.

Le notaire devra donc dans ses actes faire un exposé relatant le raisonnement ayant abouti à la détermination des lois applicables à la succession de M. A. Il donnera application au legs de M. A au profit de M^lle^ B et avertira la veuve du risque d'action en réduction du legs par les enfants de M. A privés de leur réserve héréditaire.

L'application de la loi française aboutit à une potentielle action en réduction du legs pour atteinte à la réserve.

Hypothèse 2

M. A a fait une *professio juris* au profit de la loi britannique. À l'issue du raisonnement conflictuel, il y a aura lieu d'appliquer à l'immeuble français la loi britannique.

Le notaire devra donc dans ses actes faire un exposé relatant le raisonnement ayant abouti à la détermination de la loi applicable à la succession de M. A. Il donnera application au legs de M. A au profit de M^lle^ B et avertira la veuve du risque « d'action en aliments » par les enfants de M. A dans l'hypothèse où la privation de leur réserve héréditaire les mettrait dans « une situation de précarité ou de besoin ».

CHAPITRE III Établir et accueillir la dévolution successorale

Une fois le cheminement opéré, le notaire devra, à ce stade, décider de l'opportunité des actes qu'il lui appartient de rédiger pour assurer l'efficacité de la dévolution successorale constatée en France devant produire des effets à l'étranger, ou ceux qu'il devra demander à ses clients afin d'assurer l'accueil d'une dévolution successorale constatée à l'étranger devant produire des effets en France. **3424**

Il convient à ce stade de déterminer quelle est l'autorité qui a été saisie pour régler la succession en cause. Il peut s'agir du notaire français ou de toute autre autorité compétente étrangère. Dans le premier cas, il sera considéré que le notaire français est saisi à titre principal, dans le second, à titre subsidiaire.

Dans la première hypothèse, le praticien devra, lorsqu'il va rédiger ses actes, envisager l'efficacité que ceux-ci devront assurer à l'étranger **(Section I)**.

Dans la seconde, une autorité étrangère aura déjà établi des actes. Le notaire français à qui ils vont être fournis devra les accueillir et leur donner pleine efficience **(Section II)**.

Section I L'établissement en France des actes dévolutifs devant produire des effets à l'étranger : « l'export »

3425 Le notaire français saisi d'une succession internationale devra, après avoir déterminé la ou les loi(s) applicable(s) et identifié ainsi la ou les dévolution(s) adéquate(s) à chaque groupe de biens, s'assurer de l'efficacité des actes qu'il va devoir dresser.

La situation visée par cette hypothèse d'export est celle où :
- le notaire français est saisi à titre principal de la succession en cause ;
- la succession est testamentaire ou *ab intestat* ;
- la loi matérielle successorale applicable est indifféremment la loi française ou la loi étrangère ;
- la succession est composée de biens situés hors de France, sis dans un État membre ou un État tiers.

La dévolution successorale doit être constatée dans un acte.

Cet acte pourra être du fait de la présence de biens situés à l'étranger, amené à être produit au-delà des frontières.

L'interrogation du fichier français des dernières volontés doit être réalisée. Également il appartient au praticien d'interroger les fichiers étrangers. À ce titre en Europe, le fichier d'interconnexion mis en place par l'Association du réseau européen des registres testamentaires doit être consulté (571).

Sous-section I En présence d'une disposition testamentaire : « l'export » de la dévolution volontaire

3426 Le terme de *disposition testamentaire*, avant le 17 août 2015, ne correspond qu'aux testaments. Après le 17 août 2015 en revanche, il désigne toute disposition à cause de mort répondant aux dispositions déterminant le champ d'application matériel du règlement « Successions » (testaments, pacte sur succession future, etc.).

Il peut s'agir d'une disposition testamentaire française ou étrangère.

§ I Vérifications préalables afférentes à la disposition testamentaire

3427 Il convient de vérifier la forme **(A)** et le fond **(B)**.

(571) www.arert.eu/

A/ Vérifications quant à la forme de la disposition testamentaire

I/ Disposition testamentaire française

3428 La disposition testamentaire devra faire l'objet d'une vérification de droit interne classique quant à sa forme.

II/ Disposition testamentaire étrangère

3429 La disposition testamentaire étrangère devra respecter les conditions de forme édictées par l'article 1 de la Convention de La Haye du 1er octobre 1961 et/ou de l'article 27 du règlement (UE) nº 650/2012 (572).

B/ Vérifications quant au fond de la disposition testamentaire

3430 La vérification au fond de la disposition testamentaire ne présente pas réellement de difficulté puisque le fond dépend de la loi successorale.

La disposition testamentaire pourra le cas échéant faire état d'un choix de loi applicable qu'il conviendra d'analyser (V. *supra,* nº 3389).

La détermination de la réserve et de la quotité disponible devra être opérée sur la masse des biens soumise à la loi successorale française.

Les biens soumis à la loi étrangère ne seront pas concernés par la réserve héréditaire et la quotité disponible dont dispose le droit français. Il faudra leur appliquer la réserve dont dispose potentiellement le droit étranger (573).

Si celui-ci ne dispose pas d'un système réservataire, il n'y aura pas de calcul particulier à opérer sur cette masse de biens.

Il convient de signaler que c'est à ce stade que peuvent le cas échéant jouer les correctifs liés à l'ordre public, notamment lorsque la disposition testamentaire aboutit à un résultat qui heurte l'ordre public international du *for*.

§ II Enregistrement de la disposition

3431 Il faut distinguer entre les dispositions testamentaires françaises et les dispositions testamentaires étrangères.

A/ Disposition testamentaire française

3432 La disposition testamentaire devra, selon sa forme, faire l'objet des formalités classiques de dépôt et d'enregistrement découlant de la pratique notariale classique.

B/ Disposition testamentaire étrangère

3433 Elle devra être traduite et, le cas échéant, être revêtue, en l'absence de convention internationale de dispense, de la formalité de la légalisation ou de l'apostille (574).

(572) V. *supra,* nº 3390.
(573) M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale,* Defrénois, 9e éd. 2018, p. 544, nº 958.
(574) V. site internet de la Conférence de La Haye de droit international privé (HCCH) mis à jour régulièrement (hcch.net).

Lorsque les concepts dont elle dispose sont inconnus du droit français, il conviendra pour le notaire chargé de la succession de requérir un document explicatif complémentaire de la part d'une autorité compétente étrangère (notaire, avocat, professeur, etc.), tels un certificat de coutume, un *affidavit*, une *legal opinion*, etc. Ce document expliquera en quoi consiste ce concept. Il sera conseillé de requérir à l'occasion de son établissement qu'il soit indiqué quelle est la dévolution précise qui en découle.

La disposition devra faire l'objet des formalités de dépôt et d'enregistrement.

La traduction (apostillée, légalisée ou non), ainsi que le document explicatif complémentaire devront faire l'objet d'un exposé dans l'acte de dépôt et devront être annexés à celui-ci.

Il faut noter que lorsqu'une disposition testamentaire est relatée dans un certificat de succession européen (CSE) (575), on pourrait légitimement penser qu'elle n'a de ce fait plus besoin de faire l'objet de la formalité de l'enregistrement. À ce jour, il semblerait qu'il faille néanmoins toujours procéder à l'enregistrement : on ne peut que souhaiter une évolution sur ce sujet, vers une dispense d'enregistrement.

Sous-section II En l'absence d'une disposition testamentaire : « l'export » de la dévolution *ab intestat*

3434 La dévolution est dressée conformément à la solution donnée par la loi successorale matérielle applicable.

Si la loi successorale matérielle applicable est la loi française, la dévolution sera établie sur la base des documents habituels que le notaire requiert pour établir une dévolution en droit interne.

Si la loi successorale matérielle applicable est la loi étrangère, il pourra être nécessaire de requérir :

- des héritiers, le cas échéant si ces documents existent :
  - un livret de famille ou tout équivalent et sa traduction,
  - des extraits de naissance avec filiation, ou tous documents similaires et leur traduction,
  - tous actes de mariage ou de partenariat, ou documents similaires et leur traduction ;
- d'un homologue étranger, un document explicatif complémentaire et sa traduction qui permettra au notaire français :
  - de connaître le contenu de la loi matérielle applicable,
  - la dévolution qui en découle,
  - d'obtenir une déclaration sur l'honneur officielle des héritiers confirmant qu'ils sont seuls concernés par la succession.

L'ensemble de ces documents devra, le cas échéant, en l'absence de convention internationale de dispense, faire l'objet de la formalité de la légalisation ou de l'apostille.

S'il existe un doute sur la dévolution déclarée, le notaire français devra solliciter, comme il le fait dans la pratique successorale classique de droit interne, l'intervention d'un généalogiste.

Dans un contexte international, le généalogiste devra alors être un professionnel exerçant dans l'État dont la loi matérielle successorale est applicable.

(575) Pour le CSE, V. *infra*, n° 3440.

Sous-section III Actes à dresser

Les actes à dresser peuvent varier en fonction de l'État en présence duquel se trouve le praticien. **3435**

§ I Dispositions générales

L'acte de notoriété ou l'acte de dépôt du testament devront contenir un exposé précisant : **3436**
- la présence d'éléments d'extranéité (576) ;
- la détermination de la loi applicable (577) ;
- le cas échéant les correctifs appliqués au cas d'espèce (578) ;
- au besoin la règle de droit matériel étrangère applicable en se prévalant du document explicatif complémentaire.

Il faudra en outre attirer l'attention des héritiers sur le fait que certains droits constatés dans la notoriété en application du droit français ou autre (comme un démembrement) poseront vraisemblablement un problème d'adaptation dans certains pays méconnaissant ce type d'institution. Il y aura donc un aléa quant à l'interprétation que pourra réaliser l'autorité étrangère amenée à utiliser l'acte dressé par le notaire français, et devant assurer l'efficacité juridique de celui-ci.

Cet aléa sera variable en fonction de la compatibilité de l'ordre juridique des pays en cause avec l'ordre juridique français.

§ II En présence de biens situés dans un État membre

En présence d'un testament (sauf testament français authentique), il conviendra de dresser un dépôt de testament. **3437**

Par ailleurs, il est conseillé de dresser une notoriété et un certificat successoral européen (579).

Le certificat successoral européen, aussi appelé CSE, a pour vocation de déterminer la dévolution successorale du défunt établissant ainsi les qualités des personnes appelées à participer à la liquidation d'une succession : conformément à l'article 63 du règlement (UE) n° 650/2012, il s'agit d'un instrument autonome à portée probatoire d'établissement de la preuve des qualités des héritiers et autres personnes intéressées par la succession.

Il conviendra pour le praticien de s'assurer qu'un CSE n'a pas déjà été établi en interrogeant le fichier dédié mis en place par l'Association pour le développement du service notarial (ADSN).

On notera la décision récente de la Cour de justice de l'Union européenne (580) aux termes de laquelle, à propos de la délivrance d'une notoriété par une juridiction, la Cour a estimé que la compétence pour dresser l'acte de notoriété est désormais rattachée à celle prévue pour dresser le CSE. En outre, mention doit être faite d'une affaire actuellement pendante devant la Cour de justice de l'Union européenne qui aborde le cas où la notoriété est

(576) V. *supra*, n° 3369.
(577) V. *supra*, n° 3378 ou n° 3387.
(578) V. *supra*, n° 3409.
(579) Statistiques sur le CSE : du 17 août 2015 au 13 juin 2018, 276 CSE ont été inscrits dans toute l'Union européenne, 570 recherches ont été effectuées, et moins de dix interrogations à l'ARERT ont été réalisées.
(580) CJUE, 21 juin 2018, aff. C-20/17, *Vincent Pierre Oberle*.

délivrée par le notaire. La question sera donc celle de savoir si la solution retenue pour le juge sera étendue au notaire (581).

§ III En présence de biens situés dans un État tiers

3438 Il ne sera dressé qu'un dépôt de testament le cas échéant, et une notoriété, comportant les précisions et paragraphe dont il a été question ci-dessus (582).

Section II La réception d'actes étrangers devant produire des effets en France : « l'import »

3439 La situation visée par cette hypothèse d'accueil est celle où :
- le notaire français est saisi à titre subsidiaire de la succession en cause. Celle-ci a déjà fait l'objet de la saisine d'une autorité étrangère, laquelle aura établi les documents requis selon le droit local ;
- la loi matérielle successorale applicable est une loi étrangère ;
- la succession est composée de biens situés en France.

La dévolution successorale, qu'elle soit testamentaire ou *ab intestat*, a fait l'objet d'une constatation par l'autorité étrangère. Celle-ci doit être réitérée dans un acte en France qui sera produit notamment auprès de tous organismes, établissements bancaires, de toutes administrations (fiscale, service de publicité foncière, etc.) en rapport avec les héritiers ayant un lien avec la France ou les biens du défunt situés sur le territoire français.

Sous-section I La dévolution successorale provenant d'un État membre

3440 La dévolution successorale aura normalement été constatée dans un CSE.

Le CSE est généralement rédigé dans la langue du pays émetteur. Il n'y a aucune obligation de traduction qui en découle. Il ne se posera généralement que peu de problèmes de traduction puisque le CSE dispose d'un support normalisé traduit dans la plupart des langues des États membres.

Seul le contenu des renseignements fournis par l'autorité compétente peut le cas échéant faire l'objet d'une traduction.

Dans l'hypothèse où un CSE aura été émis, il sera impératif de vérifier que l'autorité qui a dressé celui-ci et en a délivré une copie était compétente pour le faire.

§ I Vérification de la compétence matérielle

3441 Les États membres ont déclaré les autorités compétentes sur leur territoire pour dresser un CSE (583).

(581) Aff. C-658/17, *WB : JOUE* n°C 134, 16 avr. 2018, p. 12.
(582) V. *supra*, n° 3436.
(583) Informations accessibles sur le site https://e-justice.europa.eu/content_succession-380-bg-fr.do?member=1.

Il s'agit :

Pays	Autorités
Allemagne	– Le tribunal local (*Amtsgericht*) – Dans le Baden-Württemberg : les notaires (*Amtsnotariate*)
Autriche	– Les notaires – Le tribunal cantonal (*Bezirksgericht*)
Allemagne	– Le tribunal local (*Amtsgericht*) – Dans le Baden-Württemberg : les notaires (*Amtsnotariate*)
Autriche	– Les notaires – Le tribunal cantonal (*Bezirksgericht*)
Belgique	Les notaires
Bulgarie	Tribunal du district dans le ressort duquel se trouve la dernière résidence du défunt (ou à défaut sa dernière adresse en Bulgarie). En l'absence d'adresse en Bulgarie : Tribunal du district de Sofia.
Chypre	– Le tribunal municipal (*Opéinski sud*) – Les notaires
Croatie	– Le tribunal municipal (*Opéinski sud*) – Les notaires
Espagne	– Le tribunal de première instance qui a statué sur l'affaire concernant la succession (*Juzgado de primera instancia*) – Les notaires
Estonie	Les notaires
France	Les notaires
Finlande	Le bureau de l'état civil (*Maistraatti*)
Grèce	Le tribunal de paix (*Etpi\VOôtKsio*)
Hongrie	– Le tribunal d'arrondissement (*ejarasbirôsag*) – Les notaires (*kôzjegyzô*)
Italie	– Les juridictions ordinaires (*tribunale*), pour les territoires où le système de registre foncier est en vigueur – Les notaires, pour les territoires où le système de registre foncier n'est pas en vigueur
Lettonie	Les notaires
Lituanie	Les notaires
Luxembourg	Les notaires
Malte	– Le tribunal civil (chambre de juridiction gracieuse : *Qorti Civili (Sezzjoni ta' Gurisdizzjoni Volontarja')* – Les notaires

Pays	Autorités
Pays-Bas	Les notaires
Pologne	– Le tribunal d'arrondissement – Les notaires
Portugal	– Le greffier (*conservador*) compétent dans le domaine des procédures de succession – Le bureau de l'état civil, conformément aux articles 17 et 18 du décret-loi n° 324/2007 – Le cadastre, conformément aux articles 17 et 18 du décret-loi n° 324/2007 – Le bureau du registre du commerce, conformément aux articles 17 et 18 du décret-loi n° 324/2007 – Le notaire, conformément aux articles 17 et 18 du décret-loi n° 324/2007
République tchèque	– Les notaires – Le tribunal d'arrondissement (généralement : *okresnf soud*, à Prague : *obvodni soud*, à Brno : *Mèstsky soud*)
Roumanie	Les notaires
Slovaquie	– Le notaire désigné par le tribunal (*notàr povereny sûdom*) si la procédure de succession n'a pas été clôturée – Le tribunal de district (*okresny sud*), si la procédure de succession a été clôturée
Slovénie	Le tribunal régional (*okrozno sodisëe*) qui a statué lors de la procédure de succession
Suède	L'agence suédoise des impôts (*Skatteverket*)

§ II Vérification de la compétence territoriale

3442 Les règles de compétence territoriale sont celles dont dispose le règlement (UE) n° 650/2012 au sujet de la compétence juridictionnelle (584).

§ III Problèmes pratiques relatifs au CSE

3443 Plusieurs difficultés peuvent être rencontrées en pratique.

A/ Incompétence de l'autorité ayant dressé le CSE

3444 Si, après vérification de la compétence matérielle et territoriale, le notaire relève l'incompétence de l'autorité ayant émis le CSE, il devra demander à cette dernière de le retirer. Le règlement (UE) n° 650/2012 ne prévoit dans un tel cas que le retrait (585).

(584) V. *infra*, n° 3451.
(585) Règl. (UE) n° 650/2012, art. 71.

Après retrait, le notaire pourra demander aux héritiers de lui fournir un CSE dressé par l'autorité réellement compétente, ou dresser lui-même ledit CSE s'il s'avère qu'il est en fait compétent pour le faire.

Si l'autorité qui a dressé le CSE par erreur ne veut pas le retirer, le règlement prévoit que le CSE est alors inexistant. Il n'est pas nul.

Il semble alors qu'il faille que le notaire dresse une notoriété conformément aux dispositions générales dont il a été question ci-dessus (586) et qu'il complète l'exposé qui y est préconisé en faisant état de la difficulté rencontrée, en annexant sa demande de retrait et le refus opposé. Il devra demander aux héritiers de réitérer leur requête d'instrumenter.

B/ CSE comportant une erreur

3445 Le notaire peut être confronté à l'accueil d'une copie d'un CSE comportant une erreur. Il devra dans ce cas demander à l'autorité compétente ayant commis celle-ci de rectifier le CSE. Le règlement (UE) n° 650/2012 prévoit cette possibilité de rectification (587).

Après rectification, le notaire pourra utiliser la copie du CSE.

Si l'autorité qui a dressé le CSE erroné ne souhaite pas rectifier l'erreur, le notaire saisi à titre subsidiaire se verra contraint de dresser un acte de notoriété, reprenant les dispositions générales dont il a été question ci-dessus (588). Il devra compléter l'exposé en faisant état de la difficulté rencontrée, en annexant les demandes et le refus d'exécution, et en réitérant la requête d'instrumenter émanant des héritiers.

C/ Refus de dresser le CSE

3446 Le CSE « n'est pas obligatoire » et n'a pas vocation à se substituer « aux documents internes utilisés à des fins similaires dans les États membres » (589).

Il se peut que l'autorité saisie, bien que compétente pour dresser le CSE, ne souhaite pas s'exécuter ou affirme à tort ne pas être compétente. Le praticien saisi à titre subsidiaire n'aura d'autre choix que de dresser un acte de notoriété reprenant les dispositions générales dont il a été question ci-dessus (590) et de compléter l'exposé en faisant état de la difficulté rencontrée, en annexant les demandes et le refus d'exécution, et en réitérant la requête d'instrumenter émanant des héritiers.

D/ Difficultés liées à la validité du CSE

3447 Le notaire à qui il est remis une copie du CSE devra s'assurer de la validité de celle-ci. En effet, chaque copie du CSE n'est valable que six mois (591).

Si l'on ajoute à ce caractère provisoire de la validité de la copie du CSE son caractère facultatif, il est possible de se demander si les praticiens seront véritablement enclins à y recourir. Ils pourraient privilégier notamment d'autres documents poursuivant le même objectif probatoire des qualités héréditaires, mais dont la validité des copies n'est pas sujette à péremption (par ex., une notoriété).

(586) V. *supra*, n° 3436.
(587) Règl. (UE) n° 650/2012, art. 71.
(588) V. *supra*, n° 3436.
(589) Règl. (UE) n° 650/2012, art. 62.
(590) V. *supra*, n° 3436.
(591) Règl. (UE) n° 650/2012, art. 70.

E/ Difficultés liées au contenu du CSE

3448 Il découle d'une lecture combinée des articles 63 (592) et 69 (593) du règlement (UE) nº 650/2012, et du principe de confiance mutuelle qui existe entre les États membres, que le notaire à qui il est présenté une copie d'un CSE n'a pas à vérifier le raisonnement conflictuel ayant abouti à la détermination de la loi applicable. Il en est de même pour ce qui est de la dévolution.

Ces deux points doivent être tenus pour justes.

En revanche, toutes les informations contenues dans le CSE qui ne sont pas couvertes par le règlement (UE) nº 650/2012, dont notamment le régime matrimonial, ne lient pas le notaire à qui il est remis une copie du CSE.

Au sujet du régime matrimonial, il convient de noter que pour le décès d'une personne mariée après le 29 janvier 2019, l'application combinée des règles dont disposent les règlements (UE) nºs 650/2012 et 2016/1103 (594) devrait conduire, pour le règlement d'une

(592) Règl. (UE) nº 650/2012, art. 63 : « 1. Le certificat est destiné à être utilisé par les héritiers, les légataires ayant des droits directs à la succession et les exécuteurs testamentaires ou les administrateurs de la succession qui, dans un autre État membre, doivent respectivement invoquer leur qualité ou exercer leurs droits en tant qu'héritiers ou légataires, et/ou leurs pouvoirs en tant qu'exécuteurs testamentaires ou administrateurs de la succession.
2. Le certificat peut être utilisé, en particulier, pour prouver un ou plusieurs des éléments suivants :
a) la qualité et/ou les droits de chaque héritier ou, selon le cas, de chaque légataire mentionné dans le certificat et la quote-part respective leur revenant dans la succession ;
b) l'attribution d'un bien déterminé ou de plusieurs biens déterminés faisant partie de la succession à l'héritier/aux héritiers ou, selon le cas, au(x) légataire(s) mentionné(s) dans le certificat ;
c) les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire ou de l'administrateur de la succession mentionné dans le certificat ».

(593) Règl. (UE) nº 650/2012, art. 69 : « 1. Le certificat produit ses effets dans tous les États membres, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure.
2. Le certificat est présumé attester fidèlement l'existence d'éléments qui ont été établis en vertu de la loi applicable à la succession ou en vertu de toute autre loi applicable à des éléments spécifiques. La personne désignée dans le certificat comme étant l'héritier, le légataire, l'exécuteur testamentaire ou l'administrateur de la succession est réputée avoir la qualité mentionnée dans ledit certificat et/ou les droits ou les pouvoirs énoncés dans ledit certificat sans que soient attachées à ces droits ou à ces pouvoirs d'autres conditions et/ou restrictions que celles qui sont énoncées dans le certificat.
3. Toute personne qui, agissant sur la base des informations certifiées dans un certificat, effectue des paiements ou remet des biens à une personne désignée dans le certificat comme étant habilitée à accepter des paiements ou des biens est réputée avoir conclu une transaction avec une personne ayant le pouvoir d'accepter des paiements ou des biens, sauf si elle sait que le contenu du certificat ne correspond pas à la réalité ou si elle l'ignore en raison d'une négligence grave.
4. Lorsqu'une personne désignée dans le certificat comme étant habilitée à disposer de biens successoraux dispose de ces biens en faveur d'une autre personne, cette autre personne, si elle agit sur la base des informations certifiées dans le certificat, est réputée avoir conclu une transaction avec une personne ayant le pouvoir de disposer des biens concernés, sauf si elle sait que le contenu du certificat ne correspond pas à la réalité ou si elle l'ignore en raison d'une négligence grave.
5. Le certificat constitue un document valable pour l'inscription d'un bien successoral dans le registre pertinent d'un État membre, sans préjudice de l'article 1er, paragraphe 2, points *k)* et l) ».

(594) Cons. UE, règl. (UE) nº 2016/1103, 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.
Ce règlement a été ratifié par la Belgique, la Bulgarie, la République tchèque, l'Allemagne, la Grèce, l'Espagne, la France, la Croatie, l'Italie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, l'Autriche, le Portugal, la Slovénie, la Finlande, la Suède et Chypre.

succession mettant en présence des États ayant ratifié les deux règlements, à tenir, en pratique, le régime matrimonial indiqué dans le CSE pour acquis.

CSE et régime matrimonial : illustration

Hypothèse 1 : M. A, de nationalité allemande et Mme A, de nationalité française, se sont mariés sans contrat en Allemagne le 1er août 1993. De leur union sont nés deux enfants. Le 10 juillet 2001, le couple vient s'installer en France.

M. A décède le 30 septembre 2018, laissant des biens immobiliers et mobiliers en France et en Allemagne. Tous les biens ont été acquis pendant le mariage.

Le notaire français est requis par la veuve pour établir un CSE.

Le CSE contiendra la mention du régime matrimonial du couple. À cet égard, le notaire français appliquera la mutabilité automatique prévue par l'article 7 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978. Il considérera ainsi les époux soumis à la communauté de biens réduite aux acquêts de droit français. La moitié des biens du couple formera donc la masse successorale de M. A.

La loi successorale applicable à la succession de M. A sera la loi française en vertu de l'article 21 du règlement (UE) no 650/2012.

Sur la moitié des biens du couple : le conjoint survivant pourra donc à son choix hériter du quart en pleine propriété ou de l'usufruit de l'intégralité.

Si Mme A exerce l'option en pleine propriété, à l'issue de la succession de son époux, Mme A sera donc propriétaire de 5/8e du patrimoine du couple.

Hypothèse 2 : M. A, de nationalité allemande et Mme A, de nationalité française, se sont mariés sans contrat en Allemagne le 1er août 1993. De leur union sont nés deux enfants. Le 10 juillet 2001, le couple vient s'installer en France. Le 17 novembre 2010, le couple repart s'installer en Allemagne.

M. A décède le 30 septembre 2018, laissant des biens immobiliers et mobiliers en France et en Allemagne. Tous les biens ont été acquis pendant le mariage.

Le notaire allemand est requis par la veuve pour établir un CSE.

Le CSE contiendra la mention du régime matrimonial du couple. À cet égard, le notaire allemand n'appliquera pas la mutabilité automatique prévue par l'article 7 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 puisque l'Allemagne n'a pas ratifié cette convention. Il considérera ainsi les époux soumis à la communauté différée des augments de droit allemand. Au titre de la liquidation du régime, et hors demande de péréquation mathématique formulée par la veuve, le notaire allemand appliquera la péréquation forfaitaire prévue par l'article 1371 du BGB, la moitié des biens du couple formera donc la masse successorale de M. A. Il sera imputé sur cette moitié de biens ¼ au titre de la péréquation forfaitaire prévue par l'article sus-énoncé.

La loi successorale applicable à la succession de M. A sera la loi allemande en vertu de l'article 21 du règlement (UE) no 650/2012.

La veuve aura, par application de celle-ci, droit à un autre quart en pleine propriété.

À l'issue de la succession de son époux, Mme A sera donc propriétaire de 6/8e du patrimoine du couple.

Dans les deux hypothèses, le notaire qui importera la copie du CSE dressé par l'autorité compétente étrangère devra adapter l'acte translatif de propriété qu'il devra rédiger pour muter les immeubles situés sur son territoire (attestation de propriété immobilière en France), en considérant le régime matrimonial indiqué dans le CSE comme une simple information (595).

Ainsi, le notaire français transférera 1/8e des biens français à la veuve. Le notaire allemand transférera quant à lui 2/8e des biens allemands à la veuve.

(595) En ce sens, CJUE, 1er mars 2018, aff. 558/16.

F/ Absence de CSE

3449 Pour les cas où la dévolution successorale n'aura pas été constatée dans un CSE, ou pour ceux où le CSE sera invalidé à la suite d'une des difficultés ci-dessus évoquées, le notaire pourra être amené à observer deux positions :

- une première position pourrait consister à se substituer à l'autorité normalement compétente. Encore faudrait il pour cela qu'il puisse invoquer un chef de compétence à son profit, le règlement prévoyant que la compétence pour émettre le CSE suit celle des juridictions ;
- dans la mesure où l'établissement d'un CSE ne présente aucun caractère obligatoire, il sera toujours possible au notaire de requérir des héritiers qu'il lui soit fourni l'acte rédigé en la forme locale faisant état de la dévolution (notoriété, etc.).

Cette seconde position met le notaire dans la même situation que celle qu'il rencontrera dans un cas d'import d'une dévolution provenant d'un État tiers.

Sous-section II La dévolution successorale provenant d'un État tiers

3450 Le notaire français chargé de faire produire des effets en France sur les biens situés en France, à l'acte dévolutif dressé par l'autorité étrangère, devra rédiger lui-même un acte de notoriété (par ex., pour débloquer des avoirs bancaires détenus par le défunt auprès d'un établissement bancaire français, etc.), ou attestation de propriété immobilière (pour muter un bien immobilier au profit des héritiers du défunt, etc.) sur la base de la pièce fournie.

Celle-ci devra avoir été traduite, et avoir fait, sauf convention internationale de dispense, l'objet de la formalité de la légalisation ou de l'apostille selon le cas.

Si la dévolution successorale ne ressort pas de façon univoque de cet acte, il conviendra d'obtenir de l'autorité compétente étrangère ayant réglé la succession un document explicatif complémentaire précisant la dévolution. Il peut s'agir d'une *legal opinion*, d'un certificat de coutume, d'un *affidavit* (596), etc.

La copie (597) de l'acte, le document explicatif complémentaire et leur traduction (598) devront être annexés à l'acte rédigé par le notaire français et faire l'objet d'un exposé relatant le raisonnement de droit international mis en œuvre.

L'ensemble de ces étapes (objets des développements contenus dans les chapitres I, II, et III) aura permis au notaire de déterminer la loi applicable à la succession, d'appréhender la dévolution qui en découle et d'assurer l'établissement et la circulation des actes qui doivent être établis pour garantir efficacement aux héritiers la reconnaissance de leur droit au-delà des frontières des États.

De façon à parfaire sa mission de conseil, le notaire devra vérifier la compétence juridictionnelle en cas de contentieux.

(596) *Affidavit* est un terme qui nous vient du droit romain. Les parties l'invoquent dans les procès dans lesquels le droit anglo-saxon s'applique. Il s'agit d'une déclaration faite sous serment dans les pays de la *common law* par une partie ou par un témoin devant un *sollicitor*.
(597) Il est recommandé que celle-ci soit certifiée conforme par toute autorité compétente.
(598) Il est recommandé que la traduction soit réalisée par un traducteur assermenté.

CHAPITRE IV La compétence juridictionnelle en matière successorale

Si le notaire intervient généralement dans un cadre non contentieux, il n'en demeure pas moins qu'il peut être amené par l'intermédiaire de son devoir de conseil à avoir à anticiper l'existence d'un contentieux futur. Il peut aussi intervenir sur désignation du juge, ce qui pose la question de la compétence juridictionnelle. Ainsi il est important de présenter les règles de compétence directe applicables. **3451**

Là encore, la date charnière autour de laquelle il convient d'articuler le raisonnement est le 17 août 2015.

Section I Succession ouverte avant le 17 août 2015

Pour les successions ouvertes avant l'entrée en application du règlement (UE) n° 650/2012, le droit international privé français prévoyait que les actions relatives aux meubles dépendant de la succession du défunt relevaient de la compétence du tribunal de l'État de dernier domicile du *de cujus* (599). **3452**

Cette règle trouvait application pour toutes les actions relatives au partage, aux demandes entre héritiers, à celles formées par les créanciers du défunt, ainsi que celles relatives aux dispositions à cause de mort.

Il était admis que le privilège de juridiction des articles 14 (600) et 15 (601) du Code civil français puisse jouer en matière mobilière.

Les actions relatives aux biens immobiliers dépendant d'une succession internationale relevaient des juridictions de l'État de situation de chaque immeuble, et ce indépendamment du lieu de situation du dernier domicile du défunt (602).

Les juridictions françaises étaient seules compétentes pour régler les actions relatives aux biens immobiliers situés en France. Elles n'étaient en revanche pas compétentes pour trancher des actions portant sur les immeubles situés à l'étranger.

Il existait cependant une exception à cette règle : la juridiction française devenait compétente pour connaître d'une action portant sur un bien immobilier situé à l'étranger si la loi étrangère renvoyait à la loi française.

Les privilèges de juridiction des articles 14 et 15 du Code civil français ne pouvaient pas jouer en matière immobilière.

Les accords d'élection de *for* n'étaient pas admis en matière successorale.

(599) Cass. 1re civ., 17 nov. 1981, n° 80-14.728 et 20 oct. 2010, n° 08-17.033.

(600) C. civ., art. 14 : « L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français ».

(601) C. civ., art. 15 : « Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger ».

(602) Cass. 1re civ., 17 nov. 1981, n° 80-14.728.

L'application de l'ensemble de ces règles aux successions internationales aboutissait fréquemment à un éclatement de la compétence juridictionnelle entre différents États et à une complexification des contentieux naissant à l'occasion d'une succession conflictuelle.

Souhaitant remédier à cet éclatement et assurer (en tant que possible) une convergence entre le *forum* et le *jus*, le règlement (UE) n° 650/2012 est venu harmoniser les règles de conflit de juridictions et tenter d'assurer une coordination avec celles de conflit de lois.

Section II Succession ouverte après le 17 août 2015

3453 Les règles relatives à la détermination de la juridiction compétente sont énoncées aux articles 4 à 19 du règlement (UE) n° 650/2012.

Celui-ci dispose de règles de compétence générale **(Sous-section I)** assorties de règles permettant une meilleure articulation au sein de l'Union européenne telles que le déclinatoire de compétence, l'accord d'élection de *for*, la facilitation de certaines des formalités successorales.

Il dispose également de règles de compétence subsidiaire **(Sous-section II)** face à des situations faisant intervenir des États tiers, et enfin de dispositions permettant exceptionnellement le « sauvetage » de certaines situations afin d'éviter tout déni de justice **(Sous-section III)**.

Sous-section I La compétence générale

3454 Le principe fait l'objet de plusieurs aménagements.

§ 1 Principe

3455 L'article 4 du règlement (UE) n° 650/2012 énonce la règle de compétence générale. Selon ce texte : « Sont compétentes pour statuer sur l'ensemble d'une succession, les juridictions de l'État membre dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès ».

Il convient de remarquer que la nationalité du défunt est indifférente. Elle n'est absolument pas prise en considération.

L'élément unique à retenir est la résidence habituelle (603).

Les juridictions ainsi désignées sont compétentes pour statuer sur l'ensemble de la succession.

(603) Sur la notion centrale de résidence habituelle: V. *supra*, n° 3407.

Focus

Pourquoi la résidence habituelle ? Parce que : « La compétence de l'État membre de la dernière résidence habituelle du défunt est la plus répandue parmi les États membres et coïncide fréquemment avec la localisation des biens du défunt » et qu'« [u]n tel rattachement est plus favorable à l'intégration dans l'État membre de résidence habituelle et évite toute discrimination vis-à-vis des personnes qui y sont domiciliées sans en posséder la nationalité » (604).

Force est de constater que l'article 4 à lui seul ne suffit toutefois pas à assurer l'unité de la juridiction compétente et de la loi applicable à la succession internationale. Cette unité est susceptible de céder dans l'hypothèse où le *de cujus* aurait, de son vivant, usé de la faculté qui lui est offerte de choisir la loi applicable à sa succession.

Afin de rétablir cette convergence, le règlement prévoit à l'article 7 (605) d'autres chefs de compétence dérogatoires. Le législateur européen a ainsi fait une place, d'une part, à l'autonomie de la volonté en admettant les accords d'élection de *for* et, d'autre part, et *mutatis mutandis*, au forum *non conveniens* en admettant dans certains cas le jeu d'un déclinatoire de compétence.

Lorsque la succession ne met en jeu que des États membres, trois aménagements sont prévus par le règlement.

§ II Premier aménagement : l'accord d'élection de *for*

La possibilité de choisir la loi applicable à sa succession est énoncée à l'article 5 du règlement (UE) nº 650/2012. **3456**

Selon ce texte : « 1. Lorsque la loi choisie par le défunt pour régir sa succession en vertu de l'article 22 est la loi d'un État membre, les parties concernées peuvent convenir que la ou les juridictions de cet État membre ont compétence exclusive pour statuer sur toute succession. 2. Cet accord d'élection de for est conclu par écrit, daté et signé par les parties concernées. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite ».

Les héritiers parties à une succession internationale peuvent donc convenir entre eux de soumettre un litige afférent à celle-ci aux juridictions de l'État de la loi choisie par le défunt par préférence à celles de sa résidence habituelle.

(604) Commission des Communautés européennes, « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen » : Doc. COM(2009), 154 final, spéc. p. 5 et 6.

(605) Règl. (UE) nº 650/2012, art. 7 : « Les juridictions d'un État membre dont la loi avait été choisie par le défunt en vertu de l'article 22 sont compétentes pour statuer sur la succession, à la condition :
a) qu'une juridiction préalablement saisie ait décliné sa compétence dans la même affaire, en vertu de l'article 6 ;
b) que les parties à la procédure soient convenues, conformément à l'article 5, de conférer la compétence à la ou aux juridictions de cet État membre, ou ;
c) que les parties à la procédure aient expressément accepté la compétence de la juridiction saisie ».

La loi choisie doit être celle d'un État membre.

Si cet accord d'élection de *for* (606) est signé par l'unanimité des héritiers, il n'y a alors pas de problème.

Pour le cas où seuls certains d'entre eux l'auraient ratifié, il est prévu à l'article 9 du règlement une compétence fondé sur la comparution, aux termes de laquelle, si « toutes les parties à ladite procédure n'étaient pas parties à l'accord d'élection de for, la juridiction continue à exercer sa compétence si les parties à la procédure qui n'étaient pas parties à l'accord comparaissent sans contester la compétence de la juridiction ».

Si cette compétence est contestée, la juridiction doit alors décliner celle-ci.

« Dans ce cas la compétence pour statuer sur la succession appartient aux juridictions compétentes en vertu de l'article 4 ou 10. »

Quid des clauses d'élection de _for_ ?

La clause d'élection de *for* serait une clause par laquelle le défunt, dans une disposition à cause de mort, désignerait les juridictions compétentes pour connaître d'un contentieux qui pourrait naître à l'occasion de celle-ci.

Rien dans le règlement ne l'interdit ni ne l'autorise. La doctrine est divisée sur ce point.

Certains soutiennent la position de la prohibition au motif que le défunt ne peut pas disposer du juge pour des raisons tirées de la proximité des héritiers.

D'autres se positionnent en faveur d'un accueil de ces clauses en invoquant le principe d'effectivité recherché par le règlement européen.

§ III Deuxième aménagement : le déclinatoire de compétence

3457 Le législateur européen complète les règles relatives aux conflits de juridictions en mettant en place le mécanisme du déclinatoire de compétence prévu à l'article 6 du règlement (UE) nº 650/2012.

Lorsque le *de cujus* a usé de la *professio juris*, les juges de l'État membre de sa dernière résidence habituelle qui ont été saisis peuvent, dans certains cas, décliner leur compétence au profit des tribunaux de l'État membre de la nationalité du défunt. Selon l'article 6, « la juridiction saisie en vertu de l'article 4 ou 10 : *a)* peut, à la demande de l'une des parties à la procédure, décliner sa compétence si elle considère que les juridictions de l'État membre dont la loi a été choisie sont mieux placées pour statuer sur la succession compte tenu des circonstances pratiques de celle-ci, telles que la résidence habituelle des parties et la localisation des biens ; ou *b)* décline sa compétence si les parties à la procédure sont convenues, conformément à l'article 5, de conférer la compétence à la ou aux juridictions de l'État membre dont la loi a été choisie ».

Ce texte permet la mise en œuvre de la théorie anglo-saxonne du *forum non conveniens* permettant à une juridiction de se déclarer incompétente si elle estime qu'une autre juridiction est mieux placée pour trancher le litige.

Il convient de noter que cet aménagement trouve application tant sur le fondement de la compétence générale prévue par l'article 4 du règlement que sur celle de la compétence subsidiaire mise en place par l'article 10.

(606) À ne pas confondre avec l'accord procédural qui vise un accord sur la loi applicable.

La loi qui a fait l'objet du choix doit être celle d'un État membre. Le déclinatoire de compétence ne peut jouer qu'au profit des juridictions d'un État membre.

§ IV Troisième aménagement : l'article 13 du règlement

3458 Enfin, l'article 13 du règlement (UE) n° 650/2012 prévoit, pour poursuivre un objectif d'harmonisation des procédures successorales existant entre les États membres et pour faciliter l'administration des successions transfrontalières au sein de ceux-ci, que : « Outre la juridiction compétente pour statuer sur la succession au titre du présent règlement, les juridictions de l'État membre de la résidence habituelle de toute personne qui, en vertu de la loi applicable à la succession, peut faire une déclaration devant une juridiction concernant l'acceptation de la succession, d'un legs ou d'une réserve héréditaire ou la renonciation à ceux-ci, ou déclaration visant à limiter la responsabilité de la personne concernée à l'égard des dettes de la succession, sont compétentes pour recevoir ce type de déclarations lorsque, en vertu de la loi de cet État membre, ces déclarations peuvent être faite devant une juridiction ».

En présence d'une succession mettant en jeu un État tiers, il conviendra de se reporter aux règles mises en place concernant la compétence subsidiaire.

Sous-section II La compétence subsidiaire

3459 En outre, le législateur européen a également, par l'édiction de règles subsidiaires, prévu la possibilité de saisir une juridiction d'un État membre dans le cas où le *de cujus* avait sa résidence habituelle hors de l'Union européenne.

L'article 10 du règlement (UE) n° 650/2012 prévoit en effet qu'à défaut de résidence habituelle sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne, les juridictions des États membres du lieu sur lesquels se trouvent des biens inclus dans la succession peuvent se reconnaître compétentes, à certaines conditions. Ainsi, outre la situation des biens, les juridictions doivent également, pour se déclarer compétentes, être celles de la nationalité du défunt ou de son ancienne résidence habituelle si celle-ci n'a pas pris fin depuis plus de cinq ans (607).

Il convient ici de garder à l'esprit que le déclinatoire de compétence prévu à l'article 6 du règlement peut également être soulevé par la juridiction pour le cas où le chef de compétence serait subsidiaire.

Sous-section III *Forum necessitatis* et déni de justice

3460 Enfin, pour pallier tout risque de déni de justice, l'article 11 du règlement (UE) n° 650/2012 consacre un *forum necessitatis*. Ainsi, dans des cas exceptionnels, une juridiction d'un État

(607) Règl. (UE) n° 650/2012, art. 10 : « 1. Lorsque la résidence habituelle du défunt au moment du décès n'est pas située dans un État membre, les juridictions de l'État membre dans lequel sont situés des biens successoraux sont néanmoins compétentes pour statuer sur l'ensemble de la succession dans la mesure où: *a)* le défunt possédait la nationalité de cet État membre au moment du décès ; ou, à défaut, *b)* le défunt avait sa résidence habituelle antérieure dans cet État membre, pour autant que, au moment de la saisine de la juridiction, il ne se soit pas écoulé plus de cinq ans depuis le changement de cette résidence habituelle ».

membre peut reconnaître sa compétence pour statuer sur une succession présentant des liens étroits avec un État tiers (608).

« Afin de garantir le libre accès à la justice, l'article 11 du Règlement régit le for nécessaire (*forum necessitatis*), en se proposant d'éviter les conflits négatifs de compétence et le déni de justice. La mission et l'objectif poursuivis par le législateur par l'intermédiaire de ce for sont formulés au considérant 31 du Règlement : "Afin de remédier tout particulièrement à des situations de déni de justice, il y a lieu de prévoir dans le présent règlement un *forum necessitatis* permettant à une juridiction d'un État membre, dans des cas exceptionnels, de statuer sur une succession qui présente un lien étroit avec un État tiers. Un tel cas exceptionnel pourrait exister lorsqu'une procédure se révèle impossible dans l'État tiers concerné, par exemple en raison d'une guerre civile, ou lorsqu'on ne peut raisonnablement attendre d'un bénéficiaire qu'il introduise ou conduise une procédure dans cet État. La compétence fondée sur le *forum necessitatis* ne pourrait cependant être exercée que si l'affaire présente un lien suffisant avec l'État membre de la juridiction saisie." Son champ d'application s'avère donc restreint, "exceptionnel". Il implique, d'une part, que la dernière résidence habituelle du défunt se trouve dans un État tiers et, d'autre part, l'absence de compétence subsidiaire au niveau des juridictions des autres États membres.

Le *for* nécessaire ne pourra pas être invoqué s'il y a des biens composant le patrimoine successoral qui se trouvent sur le territoire des États membres car la compétence reviendra, en vertu de l'article 10, alinéa 2, aux juridictions de l'État membre sur le territoire duquel se trouvent les biens. Il est donc absolument nécessaire que la résidence habituelle et les biens successoraux se trouvent sur le territoire des États tiers. En outre, parmi les conditions imposées, il faut aussi bien compter l'impossibilité absolue (l'absence de compétence des autorités étrangères ou l'existence de circonstances non juridiques : catastrophes naturelles, épidémies, guerres, zones de conflit armé) ou relative ("si une procédure ne peut raisonnablement être introduite ou conduite" – article 11) d'agir à l'étranger. Ainsi, au cas où la dernière résidence habituelle du défunt se trouve sur le territoire d'un État tiers et aucune juridiction d'un État membre ne dispose de compétence en vertu du règlement, cette compétence revient, en règle générale, aux juridictions de l'État tiers.

Enfin, le *for* nécessaire impose l'existence d'un lien suffisant entre le rapport juridique et l'État membre de la juridiction saisie. Un tel lien pourrait être la nationalité du testateur ou sa résidence habituelle antérieure au cas où ces circonstances ne génèrent pas des compétences en vertu de l'article 10, par exemple lorsqu'il n'y a aucun bien situé sur le territoire de l'État membre concerné. Une résidence habituelle antérieure du défunt, se trouvant sur le territoire de l'État membre de la juridiction saisie pourrait également faire l'objet d'une discussion au cas où il y a, au moment de la saisine de la juridiction, plus de 5 ans depuis le déménagement » (609).

Une fois les règles de compétence sus-énoncées mises en jeu, il convient de retenir que la juridiction désignée compétente le sera, sous réserve de l'article 1, § 2, pour régir l'intégralité de la succession, qu'importe que les biens soient meubles ou immeubles et que ces biens soient situés dans l'État du juge saisi ou à l'étranger.

(608) Règl. (UE) nº 650/2012, art. 11 : « Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu d'autres dispositions du présent règlement, les juridictions d'un État membre peuvent, dans des cas exceptionnels, statuer sur la succession si une procédure ne peut raisonnablement être introduite ou conduite, ou se révèle impossible dans un État tiers avec lequel l'affaire a un lien étroit ».

(609) D. A. Popescu, *Guide de droit international privé des successions*, 2014, p. 39.

Sur la notion de « juridiction »

Le notaire est-il compétent pour régler la succession d'une personne de nationalité française dont la résidence habituelle était située à l'étranger, mais dont une partie du patrimoine est située sur le territoire français ? Doit-il déterminer sa compétence sur le fondement du règlement (UE) nº 650/2012 ?

Le considérant 20 du règlement permet d'apporter une réponse. Ce texte énonce en effet que : « Le présent règlement devrait respecter les différents systèmes de règlement des successions applicables dans les États membres. Aux fins du présent règlement, il convient dès lors de donner au terme "juridiction" un sens large permettant de couvrir, non seulement les juridictions au sens strict qui exercent des fonctions juridictionnelles, mais également les notaires ou les services de l'état civil dans certains États membres qui, pour certaines questions successorales, exercent des fonctions juridictionnelles au même titre que les juridictions, et les notaires et les professionnels du droit qui, dans certains États membres, exercent des fonctions juridictionnelles dans le cadre d'une succession donnée en vertu d'une délégation de pouvoirs accordée par une juridiction. Toutes les juridictions au sens du présent règlement devraient être liées par les règles de compétence prévues dans le présent règlement. Inversement, le terme "juridiction" ne devrait pas viser les autorités non judiciaires d'un État membre qui, en vertu du droit national, sont habilitées à régler les successions, telles que les notaires dans la plupart des États membres, lorsque, comme c'est généralement le cas, ils n'exercent pas de fonctions juridictionnelles ».

Le notaire français n'exerçant pas de fonction juridictionnelle, il n'est pas lié par les dispositions sur la compétence directe du règlement (610).

Ainsi, comme le notent M. le Professeur Nourissat et Mme Revillard : « Un notaire français peut régler la succession d'une personne dont le patrimoine est situé en France, ayant sa résidence habituelle hors de France au moment de son décès, alors même que la loi régissant la succession est en vertu de l'article 21 du règlement la loi italienne de la résidence habituelle du défunt. La même solution sera donnée si la résidence habituelle du défunt se trouve en Allemagne ou en Espagne. Cependant il serait souhaitable que le notaire français entre en relation avec le notaire italien, allemand ou espagnol pour assurer la coordination nécessaire au règlement de la succession » (611).

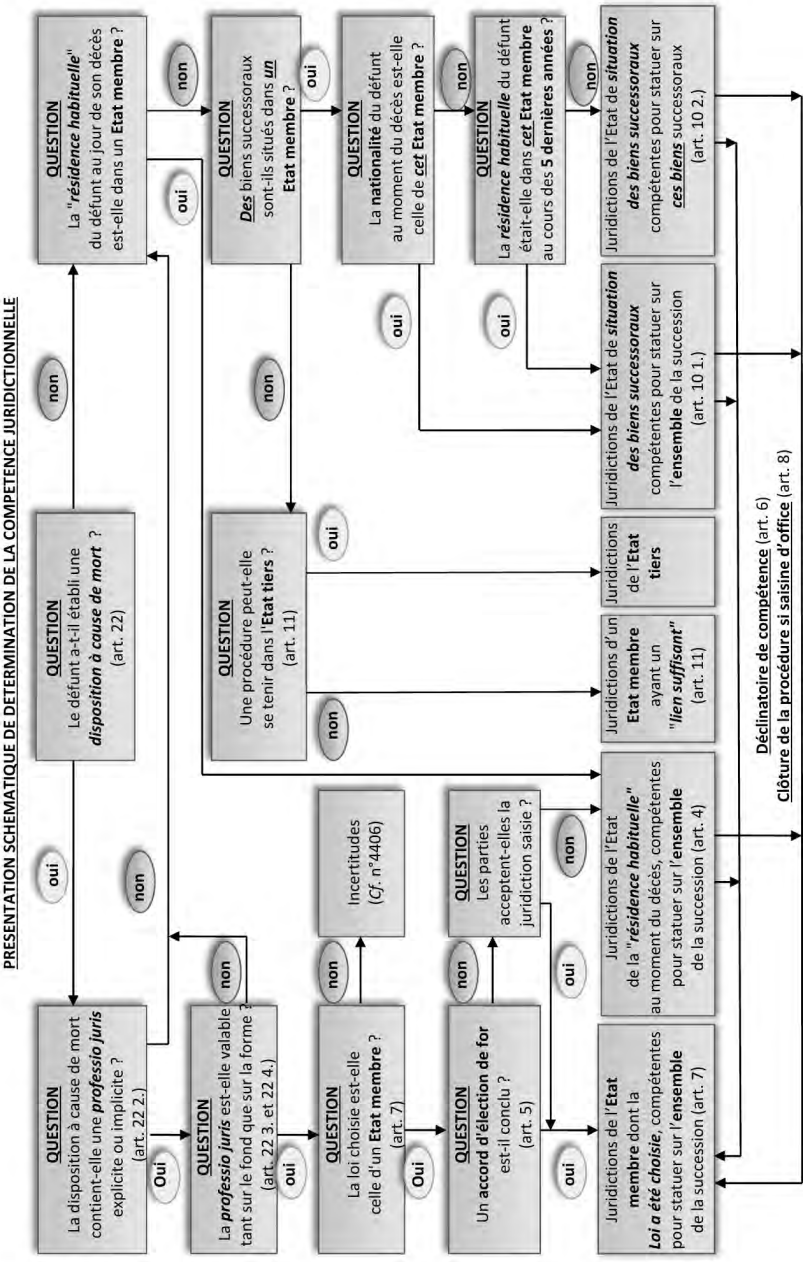
Quant au rôle du notaire, il est également intéressant de signaler le considérant 29 du règlement qui évoque l'hypothèse dans laquelle une juridiction serait saisie d'office pour régler une succession alors que les parties souhaiteraient un règlement à l'amiable par voie extrajudiciaire (612).

(610) Le considérant 36 confirme d'ailleurs cette affirmation : « Les successions peuvent être réglées par des autorités non judiciaires telles que des notaires, qui ne sont pas liées par les règles de compétence en vertu du présent règlement (...) ».

(611) C. Nourissat et M. Revillard, *Le notaire français et le règlement Successions : Defrénois* 15 oct. 2015, nº 19, p. 985 et s., spéc. § 20.

(612) Le considérant 29 dispose que : « Si une procédure en matière de succession est engagée d'office par une juridiction, comme cela se produit dans certains États membres, cette juridiction devrait clore la procédure si les parties conviennent de régler la succession à l'amiable par voie extrajudiciaire dans l'État membre dont la loi avait été choisie. Lorsqu'une procédure en matière de succession n'est pas engagée d'office par une juridiction, le présent règlement ne devrait pas empêcher les parties de régler à l'amiable par voie extrajudiciaire, par exemple devant un notaire, dans un état membre de leur choix, dans le cas où le droit de cet État membre le permet. Ce devrait être le cas même si la loi applicable à la succession n'est pas la loi de cet État membre ».

Mes Jean Gasté et Xavier Ricard proposent le tableau synoptique suivant (613) :



(613) 110e Congrès des notaires de France, Marseille, juin 2014, *Vie professionnelle et famille : place au contrat*, commission 4, n° 4455, p. 899.

TITRE II

Fiscalité des successions et des libéralités dans un contexte international

À l'occasion du titre précédent, il a été souligné l'importance d'une juste qualification sur le plan du droit civil. 3462

Celle-ci reste fondamentale au stade de la détermination du régime fiscal applicable. Au demeurant, une fois qu'elle a été réalisée, il convient également de procéder à un examen attentif des mécanismes de détermination de l'impôt propre à chacun des pays concernés par le cas d'espèce.

À chaque stade de raisonnement, il sera fondamental de s'interroger systématiquement sur les qualifications civiles, d'une part, et fiscales, d'autre part, lesquelles ne coïncident pas systématiquement.

SOUS-TITRE I

Spécificité des transmissions à titre gratuit dans un contexte international

Dans un cadre international, le praticien devra être tout particulièrement vigilant. 3463

En effet, il existe de multiples concepts et des lois différentes s'appliquant tant aux successions qu'aux régimes matrimoniaux. De cet ensemble complexe découle un impact fiscal. Il ne sera abordé dans ce titre dédié à la fiscalité des transmissions à titre gratuit que les concepts et les lois ayant des incidences fiscales. Ne seront pas évoquées les notions n'ayant que des conséquences civiles.

CHAPITRE I L'importance de la qualification : régime matrimonial ou succession ?

Le contour entre ce qui relève du régime matrimonial et du domaine successoral doit être défini systématiquement et à la lumière de chacun des droits internes concernés. 3464

Pour illustration, il faudra notamment retenir :

– L'avantage matrimonial. – Au premier décès, il est parfois difficile de différencier les droits que le conjoint survivant retire du mariage de ceux qu'il retire de la succession. En 3465

effet, cet avantage est inconnu au Royaume-Uni, alors que d'autres pays (614) imposent aux droits de mutation par décès les biens attribués par l'effet d'un avantage matrimonial. La conséquence de cette disparité de traitement posera une difficulté en cas d'existence de biens situés à l'étranger. L'avantage matrimonial, par application des règles fiscales étrangères, pourrait en cas de décès être dépourvu d'efficacité (615).

3466 **– Liquidation complexe de régime matrimonial et de succession. –** En droit interne, la liquidation du régime matrimonial et celle de la succession sont réalisées par un seul et même acte de partage établi par le notaire et si la loi applicable au régime matrimonial est unitaire en France, les biens en dépendant peuvent être situés dans plusieurs pays qui appliquent des règles de conflits différentes tant en matière de régime matrimonial que de succession et de fiscalité.

En cas d'application de deux systèmes différents (par ex. étrangers pour la détermination du régime matrimonial applicable et français pour la loi successorale), l' accumulation des deux peut avoir pour effet que le conjoint survivant soit avantagé ou le contraire (616).

3467 Il existe également des mécanismes étrangers particuliers permettant au conjoint de bénéficier d'un avantage lors d'une acquisition immobilière. Parmi ceux-ci existe notamment le mécanisme de la *Joint Tenancy* : il s'agit d'une clause juridique utilisée au Royaume-Uni et aux USA que l'on insère dans l'acte d'acquisition immobilière afin de faire bénéficier l'acquéreur survivant d'un transfert automatique de la part immobilière de l'acquéreur pré-décédé.

3468 Le traitement fiscal de l'option successorale dans un cadre international est parfois envisagé comme un avantage matrimonial dans un pays alors qu'il ne le serait pas en France. Tel est le cas en Allemagne, où les droits du conjoint dans le régime sont liés à l'option successorale. En effet en Allemagne, les époux sont majoritairement mariés sous le régime de la communauté différée des augments (617) (ce régime est improprement nommé « communauté différée des augments », car il n'y a en fait pas de communauté) ; en cas de décès, dans cet État, il importe peu qu'il existe une créance de participation ou non, la péréquation des acquêts se fait, en règle générale, par une augmentation de la part légale du conjoint survivant du quart successoral et elle est traitée fiscalement en Allemagne comme un avantage matrimonial (exonéré de droits de mutation par décès). Or tel ne sera pas le cas du traitement fiscal en France, même si en vertu de la loi du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat (dite loi « TEPA »), le conjoint est exonéré.

En pratique, la difficulté apparaît en présence d'une liquidation d'un régime allemand conjugué à une succession soumise à la loi française.

CHAPITRE II L'importance de la détermination des régimes fiscaux applicables

3469 La transmission par décès a un coût différent selon les pays en concours.

Pour chiffrer ce coût et être en mesure de conseiller positivement les parties, il faut avoir à l'esprit que toute comparaison devra tenir compte tant des différents taux d'imposition que

(614) Notamment l'Allemagne, la Belgique, les Pays-Bas et la Suisse.

(615) En ce sens, M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 8e éd. 2014. Exemple 69, p. 218.

(616) En ce sens, M. Revillard, *Droit international privé et européen ; pratique notariale*, Defrénois, 9e éd. 2018, Exemple 198, p. 621.

(617) En application des articles 1363 à 1390 du *Bûrgerliches Gesetzbuch* (BGB), qui est le Code civil allemand.

des abattements éventuels, de l'importance de chaque tranche d'imposition et de la progressivité, de la méthode d'évaluation de l'actif imposable, de l'existence ou non de régimes de faveur et enfin du nombre de niveaux d'imposition (régional, national, etc.).

– Quelle est la tendance politique fiscale en matière d'imposition des successions internationales ? – D'une part, il convient de noter que certains pays ont supprimé les droits de succession (618), tandis que d'autres exonèrent les successions au profit du conjoint et des enfants (619), alors que certains États exonèrent uniquement le conjoint survivant (620) et/ou le partenaire. 3470

D'autre part, certains pays ont augmenté les abattements entre conjoints et à l'égard des descendants (cas de l'Allemagne), tandis que d'autres ont réduit le montant des abattements (cas de la France en ligne directe).

Dans une grande majorité de pays, l'imposition aux droits de mutation est assise sur la part revenant à chaque héritier. Par conséquent, une liquidation civile de la succession doit précéder une liquidation fiscale. Ce principe ne régit pas l'ensemble des États ; certains, tels le Royaume-Uni et les USA, taxent le patrimoine global du défunt sans différencier selon le lien de parenté entre les héritiers (la ligne directe n'est pas avantagée).

L'imposition d'une succession en France est définie à l'échelon national (621). Dans certains pays, il existe différentes strates. Tel est le cas aux USA où il existe deux niveaux d'imposition ; le premier au niveau fédéral et le second au niveau des États.

En Suisse, les cantons ont chacun leur fiscalité et s'ajoute parfois une fiscalité communale.

La tendance majoritaire des pays est d'imposer les successions selon les règles de territorialité définies selon les deux critères suivants :
- le pays de résidence du défunt ;
- et le lieu de situation des biens.

Certains pays fixent toutefois leur critère de territorialité sur la nationalité. Tel est le cas des ressortissants américains qui sont assujettis aux droits de succession aux États-Unis même en cas de décès à l'étranger et en l'absence de biens situés sur le territoire de cette nation.

– Comment, selon les différents pays, les biens successoraux sont-ils évalués ? – La tendance majoritaire des pays est de retenir la valeur du marché (valeur vénale). Par exception, on rencontre certains pays qui valorisent les biens selon une valeur cadastrale foncière (tel est le cas de l'Italie), ou d'une valeur cadastrale corrigée d'un indice officiel par secteur, dont le résultat de l'opération est censé correspondre à la valeur du marché (tel est le cas de l'Espagne). 3471

– Certains biens sont évalués forfaitairement. – Tel est le cas de la France pour le mobilier (5 % de la masse successorale) ou de l'Espagne pour les « effets personnels » (3 % de la masse successorale). 3472

– Enfin, certains biens profitent parfois d'une exonération partielle. – Tel est le cas de la résidence principale qui bénéficie assez souvent d'une fiscalité privilégiée. Elle est totalement exonérée en Allemagne. Il existe une exonération de sa valeur à hauteur de 95 % en Espagne, 40 % au Pays-Bas et 20 % en France. Il existe parfois, selon les États, des 3473

(618) Tel est le cas de l'Autriche, la Suède, la Slovénie, le Portugal, Chypre, l'Estonie, la Lettonie, la Russie et Malte.
(619) Tel est le cas notamment du Danemark, la République tchèque, l'Ukraine, la Bulgarie, la Slovénie, le Luxembourg et la Suisse (au niveau fédéral mais pas au niveau cantonal pour toutes les confédérations).
(620) Tel est le cas de la France, l'Irlande, la Norvège, le Royaume-Uni et les États-Unis.
(621) À l'exception de certains territoires.

conditions pour bénéficier de cet avantage telles que des obligations d'occupation, de conservation ou de transmission au conjoint ou aux enfants.

3474 **En matière de valorisation fiscale de l'usufruit reçu par le conjoint survivant lors du règlement de la succession**, il faut noter une disparité. Chaque pays utilise son propre barème ; la France la détermine en retenant une quotité de la valeur de la propriété, en tenant compte de l'âge du bénéficiaire en application de l'article 669 du Code général des impôts.

L'Espagne considère que l'usufruit vaut fiscalement 70 % de la valeur du bien si l'usufruitier a moins de vingt ans. Ce dernier est minoré de 1 % pour chaque année en sus, sans pouvoir être inférieur à partir de soixante-dix-neuf ans à 10 %.

La Belgique utilise une équation qui multiplie le revenu annuel du bien par un coefficient défini selon l'âge de l'usufruitier (622).

3475 **– Quelle est la situation en matière de rapport fiscal des donations antérieures ? –** Tous les pays n'utilisent pas le mécanisme du rapport fiscal. La France a allongé le délai du rapport à quinze ans. Au Royaume-Uni le délai est de sept ans ; en Belgique de moins de trois ans, sauf cas des dons enregistrés ; aux Pays-Bas de six mois ; en Allemagne de moins de dix ans ; en Espagne de moins de cinq ans. Pour certains pays, le rapport s'effectue pendant toute la vie du donateur.

C'est en gardant à l'esprit de manière constante les problématiques mises en évidence ci-dessus que le praticien devra aborder la matière successorale dans un contexte international.

SOUS-TITRE II

Fiscalité des successions internationales

3476 Les successions internationales concernent :
- un défunt qui décède dans un État alors qu'il avait des biens dans un ou plusieurs autres États ;
- un héritier résidant en France pendant une certaine durée, quand bien même le défunt ne résidait pas en France et que les biens composant la succession ne sont pas situés en France.

Ces successions posent des difficultés liées à l'imbrication des fiscalités entre elles.

En matière fiscale (623), il existe également des conflits ; ces derniers peuvent concerner la résidence, l'assiette des biens imposables et le droit d'imposer.

Ils peuvent être résolus par des dispositions de droit interne (624) ou par une convention fiscale (625).

(622) En Belgique, la valeur de l'usufruit du conjoint survivant est le résultat mathématique du revenu annuel du bien au taux de 4 % multiplié par un coefficient déterminé par le Code des successions belge. Par exemple, pour un conjoint âgé de soixante-douze ans, le coefficient est de 6. Le revenu étant fixé à 4 %, l'usufruit sera valorisé à 4 % × 6 = 24 %.
(623) On ne traite pas dans ce chapitre des difficultés civiles.
(624) Crédit pour impôt étranger.
(625) Exonération ou crédit d'impôt.

Le traitement fiscal des successions internationales dépend donc de l'existence ou non d'une convention fiscale visant à éliminer les doubles impositions en matière de droit de mutation à titre gratuit et, le cas échéant, des dispositions de cette dernière. On doit par conséquent s'interroger en premier lieu sur l'existence ou non d'une convention. En cas d'existence d'une convention, on se devra de l'appliquer. À défaut, il y aura lieu de se référer aux règles du droit interne.

CHAPITRE I Le règlement d'une succession en l'absence de convention fiscale

3477 En l'absence de convention internationale, il convient de se référer notamment aux règles de territorialité fixées par l'article 750 *ter* du Code général des impôts **(Section II)** et aux critères de domiciliation fiscale définis par l'article 4 B du même code **(Section I)**.

Section I Critères de domiciliation fiscale : article 4 B du Code général des impôts

3478 Le domicile ou la résidence fiscale (en matière fiscale on peut utiliser indifféremment ces deux termes) ne coïncident pas nécessairement avec le domicile civil.

Pour l'étude de cette distinction, se reporter *supra*, aux nos 2439 et suivants.

En droit interne, pour qu'un contribuable soit considéré par l'administration fiscale française comme domicilié en France, il faut qu'il respecte l'un des critères énumérés à l'article 4 A du Code général des impôts. Ce dernier définit la notion de résidence fiscale.

Les critères de domiciliation fixés par cet article sont alternatifs. Il suffit qu'un seul soit rempli pour que l'intéressé soit considéré comme ayant sa résidence fiscale en France (626).

Est considérée comme **résident fiscal en France** la personne qui au jour du décès :
- **a son foyer en France ;**
- **ou à défaut, a son lieu de séjour principal en France ;**
- **ou à défaut, exerce une activité professionnelle en France ;**
- **ou à défaut, a le centre de ses intérêts économiques en France**.

Il convient de noter que la nationalité n'entre pas en ligne de compte pour l'application de l'article 4 B du Code général des impôts et que le domicile fiscal s'apprécie à la date du fait générateur (627).

Pour un approfondissement de la notion de résidence fiscale en droit interne, il convient de se reporter *supra*, aux nos 2445 et suivants.

(626) Cass. com., 15 oct. 1996, no 94-19.120.
(627) BOI-ENR-DMTG-10-10-30, no 30.

Section II Règles de territorialité

3479 Les règles de territorialité des droits de mutation à titre gratuit sont fixées par l'article 750 *ter* du Code général des impôts. Celles-ci sont issues de la loi du 29 décembre 1976, et ont été modifiées par l'article 19 de la loi de finances pour 1999 (628). Ces règles s'appliquent aux droits de succession et de donation. Elles conduisent à distinguer trois situations.

Sous-section I Si le défunt / donateur est domicilié fiscalement en France (résident de France)

3480 Tous les biens, situés en France (629) ou à l'étranger, sont imposables en France (principe de taxation mondiale quel que soit le domicile fiscal du bénéficiaire de la transmission) (630).

Ainsi, les meubles corporels et les immeubles situés à l'étranger sont imposables en France, de même que les créances et les valeurs mobilières étrangères.

3481

Exemple

M. Dos Santos, résident à Paris, décède en laissant une résidence secondaire à Lisbonne. Le notaire français chargé du règlement de sa succession devra déclarer celle-ci dans la déclaration de succession pour sa valeur vénale. Il en va de même pour M. Kahoulani, résident en France et possédant une maison à Casablanca.

Sous-section II Si le défunt / donateur est domicilié à l'étranger et que les héritiers (ou le légataire) / donataires sont non-résidents de France

3482 L'article 750 *ter*, alinéa 2 du Code général des impôts pose comme règle que seuls les biens français sont imposables. Ainsi les valeurs mobilières étrangères échappent, en principe, aux droits de succession.

Par conséquent seront exonérés les biens situés hors de France, c'est-à-dire les biens qui ont leur assiette matérielle à l'étranger (immeuble, fonds de commerce, meubles corporels) ainsi que les créances sur des débiteurs domiciliés à l'étranger, valeurs mobilières émises par des collectivités ayant leur siège à l'étranger.

Toutefois, sont considérées comme partiellement françaises (et sont donc partiellement imposables) les actions ou parts de sociétés étrangères non cotées dont l'actif est constitué pour plus de 50 % d'immeubles ou de droits immobiliers situés en France (lorsque la valeur de ces biens représente plus de 50 % de l'actif social situé en France). Les immeubles 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. Ces actions ou

(628) *JO* 31 déc. 1998, p. 20055. Loi entrée en vigueur le 1er janvier 1999, qui a ajouté un troisième alinéa à cet article. Avant cette loi, si le défunt ou donateur n'était pas résident en France, alors seuls les biens situés en France étaient imposables en France. Par le biais d'une délocalisation, on pouvait donner gratuitement à ses héritiers domiciliés en France, les biens étrangers. L'article 14 de la loi de finances rectificative n° 2011-900 pour 2011 a inclus le *trust* dans l'assiette taxable.

(629) Pour la délimitation géographique des biens français, V. *supra*, n° 2431.

(630) CGI, art. 750 *ter*, al. 1er.

parts sont imposables à concurrence de la proportion existant entre la valeur des immeubles situés en France, d'une part, et l'actif total de la société situé tant en France qu'à l'étranger, d'autre part.

Sont également imposables les immeubles (ou droits immobiliers) détenus en France par des non-résidents par l'intermédiaire de toute personne morale ou organisme dans lequel le défunt détenait directement ou indirectement plus de la moitié des actions, parts ou droits. La valeur des immeubles (ou droits immobiliers) situés en France n'est retenue qu'à proportion de la valeur de ces biens dans l'actif total de l'organisme ou de la personne morale concernée. Les immeubles 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 considération.

Sous-section III Si le défunt / donateur est domicilié à l'étranger et que l'héritier (ou le légataire) / donataire est résident de France et l'a été pendant une période d'au moins six ans au cours des dix dernières années

3483 L'article 750 *ter*, alinéa 3 du Code général des impôts prévoit :
- que tous les biens meubles et immeubles, situés en France ou à l'étranger, sont imposables en France ;
- mais que seule est imposable en France la part reçue par l'héritier, le légataire ou le donataire.

Par conséquent les successions ouvertes à l'étranger ou les donations, constatées ou non par acte passé en France ou à l'étranger, seront imposées en France (631).

3484

Exemple

M. Froid décède en Norvège, laissant pour héritiers un fils, Rune, domicilié en France (depuis neuf ans) et une fille, Pernille, domiciliée en Norvège.
Les droits de succession seront dus :
- par Rune : sur l'ensemble du patrimoine du défunt (situé en France et à l'étranger) mais seulement pour la quote-part qui lui revient ;
- pour Pernille : uniquement les biens situés en France, limités à la quote-part lui revenant.

Au final, l'ensemble du patrimoine situé en France et la moitié du patrimoine étranger seront taxables aux droits de mutation en France.

3485 Les héritiers, donataires ou légataires qui n'ont pas été domiciliés en France pendant au moins six ans au cours des dix dernières années précédant celle au cours de laquelle ils reçoivent les biens ne seront imposés que sur les seuls biens français.

3486 En pratique, cette condition de domiciliation quantifiée pose parfois des problèmes de compréhension. Dans un tel cas, il faudra apprécier le domicile fiscal de l'héritier selon les règles de l'impôt sur le revenu, c'est-à-dire de l'article 4 B du Code général des impôts ; il faut que l'héritier soit résident de France le jour du fait générateur de la mutation à titre gratuit, c'est-à-dire au jour du décès ou de la donation.

(631) BOI-ENR-DMTG-10-10-30, n° 350.

Cette condition se cumule avec celle d'une domiciliation en France pendant au moins six années au cours des dix dernières années précédant celle au cours de laquelle il reçoit les biens.

Les six années de domiciliation peuvent être discontinues (632).

En présence d'un héritier mineur, on doit considérer qu'il a son foyer fiscal en France si ses parents sont eux-mêmes domiciliés en France (par conséquent aucune distinction ne doit être faite entre les héritiers mineurs et majeurs).

L'article 14 de la loi de finances rectificative de 2004 a étendu le champ d'application des droits de mutation aux actifs du trust. Cette loi a été traitée en droit interne et en présence d'une convention fiscale aux n^{os} 2613 et suivants.

Section III Notion de biens situés en France

3487 Il faut tenir pour situés en France différents types de biens.

Sous-section I Biens meubles ou immeubles ayant une assise matérielle en France

3488 Pour connaître la liste des biens considérés comme situés en France selon les règles en droit interne, il faut se reporter au *Bulletin officiel des impôts* (633) qui en donne une liste exacte.

Il s'agit des biens ayant une assise matérielle en France, tels que :

1. les biens immobiliers, meubles corporels, fonds de commerce exploités en France ;
2. les biens meubles incorporels français : créance sur un débiteur domicilié en France, valeurs mobilières émises par l'État français, une personne morale de droit public ou une société ayant son siège social ou son centre de direction effective en France ;
3. les brevets et marques de fabrique concédés ou exploités en France ;
4. les titres de sociétés étrangères non cotées en bourse à prépondérance immobilière : sont considérées comme françaises les parts ou actions de sociétés ou de 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, à proportion de la valeur de ces derniers par rapport à l'actif total de la société (634).

Selon l'administration fiscale, 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 (et non pas de l'actif social mondial).

Pour le calcul de la prépondérance immobilière, l'administration considère que les titres de société elle-même à prépondérance immobilière doivent être pris en considération.

Les immeubles situés en France et affectés par la personne morale à sa propre exploitation industrielle, commerciale, agricole ou à l'exercice d'une profession non commerciale ne sont pas pris en compte.

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

(632) BOI-ENR-DMTG-10-30, n° 60.
(633) BOI-ENR-DMTG-10-10-30, n° 80.
(634) CGI, art. 750 *ter*, 2°, al. 4.

portant sur ces biens (usufruit, droit d'usage...). On tiendra compte des 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 disposant ou non du mobilier ou du matériel nécessaires à leur exploitation ; des immeubles constituant le stock immobilier de sociétés de construction-vente ou de sociétés qui se livrent à une activité de marchand de biens.

Exemple 3489

Une société étrangère détient un actif composé des biens ci-après :
- un appartement à Paris de 1 000 000,00 € ;
- un appartement en Floride de 250 000,00 € ;
- un portefeuille de titres à Paris à la Société générale pour 500 000,00 € ;
- des liquidités au Luxembourg pour 600 000,00 €.

Total de l'actif : 2 350 000,00 €.

Calcul de prépondérance immobilière : immeubles en France (1 000 000,00 €)/actifs français (1 000 000 € + 500 000 € = 1 500 000,00 €) = 66,66 % ; ratio supérieur à 50 %.
La société est donc bien à prépondérance immobilière (635).
Assiette des DMTG : Immeubles en France (1 000 000,00 €)/actif total (2 350 000,00 €) = 42,55 %.
Assiette taxable en France = 42,55 % des titres détenus par les associés concernés.

Sous-section II Immeubles ou droits immobiliers détenus indirectement en France

Le dispositif de la société à prépondérance immobilière ne permet pas d'imposer les mutations indirectes d'immeubles français réalisées par des non-résidents dans le cas où cette société détiendrait des actifs mobiliers français en valeur supérieure à celle des biens immobiliers situés en France. Le législateur, pour compenser cette lacune, a créé la notion d'immeubles possédés indirectement et a élargi l'assiette d'imposition à ces derniers. 3490

Depuis la loi de finances pour 1999, sont imposables en France les immeubles situés en France détenus directement ou indirectement par des non-résidents (636).

On doit considérer qu'il y a possession indirecte lorsque l'immeuble appartient à une personne morale dont le défunt, seul ou conjointement avec son conjoint, leurs ascendants ou leurs frères et sœurs, détient plus de 50 % des titres, directement ou par l'intermédiaire d'une chaîne de participations au sens de l'article 999 D du Code général des impôts, quel que soit le nombre de personnes morales ou organismes interposés.

Il n'est pas nécessaire que cette personne morale ou cet organisme soit à prépondérance immobilière. Toutefois, comme pour les personnes morales à prépondérance immobilière, il n'est pas tenu compte des immeubles situés en France et affectés par une personne morale (ou un organisme) à sa propre exploitation industrielle, commerciale, agricole, ou à l'exercice d'une profession non commerciale. Les droits de succession ne sont dus qu'à proportion de la valeur des immeubles ou droits immobiliers possédés indirectement, dans l'actif total de l'organisme ou de la personne morale dont le défunt détient directement les actions ou droits.

(635) Si les titres de cette société sont considérés comme situés en France, ils restent toutefois des biens meubles.
(636) BOI-ENR-DMTG-10-10-30, n° 170.

3491

Exemple de détention indirecte par des non-résidents

M. Y, résidant en Thaïlande, est le fils de Mme Yu décédée, et domiciliée au Canada.
La société I, établie en Italie, possède un immeuble en France d'une valeur de 4 000 000,00 €, des actifs français pour 5 000 000,00 € et des actifs étrangers pour 1 000 000,00 €. La valeur d'un titre de I est de 20 000,00 €. Cette société est détenue à hauteur de 8 % par Mme Yu, à hauteur de 12 % par une société B et à hauteur de 80 % par une société A.
La société B, établie en Belgique, possède des titres de la société I pour 4 000 000,00 € et d'autres biens français pour 6 000 000,00 €. La valeur d'un titre B est de 10 000,00 €. La société B est détenue à hauteur de 20 % par M. Yen et à hauteur de 20 % par Mme Yu.
La société A, établie en Allemagne, possède des titres de la société I pour 10 000 000,00 € et d'autres biens français pour 20 000 000,00 €. La valeur d'un titre de A est de 30 000,00 €. Cette société est détenue par Mme Yu à hauteur de 50 %.
Détermination de la participation de Mme Yu dans la société I par l'intermédiaire de son groupe familial et des sociétés interposées :
- 8 % en direct ;
- 40 % (50 % × 80 %) par la société A ;
- 2,4 % (20 % × 12 %) par la société B ;
- 2,4 % (20 % × 12 %) par son fil Y en *via* la société B ;
- soit un total de 52,8 %.

  Par conséquent, les titres des sociétés A, B, et I détenus par Mme Yu entrent dans le champ d'application des droits de mutation par décès.

Détermination de la valeur imposable :
Société I : Valeur des immeubles français dans l'actif brut (40 %) × valeur du titre I (2 000,00 €) = 8 000,00 € par titre × 8 % de détention.
Société A : Valeur des titres de I dans l'actif brut de A (33,33 %) × pourcentage représentatif de l'immeuble dans I (40 %) = 13,33 % × valeur du titre de A (30 000,00 €) = 3 999 € par titre A × 50 % de détention.
Société B : Valeur des titres de I dans l'actif brut de B (40 %) × pourcentage représentatif de l'immeuble dans I (40 %) = 16 % × valeur du titre de B (10 000,00 €) = 1 600 € par titre B × 20 % de détention.
Conclusion sur l'immobilier situé en France : lorsque le donateur ou défunt, domicilié hors de France, détient plus de 50 % d'une société à prépondérance immobilière dont le siège est à l'étranger, la taxation aux DMTG en France peut se baser :
- soit sur le fondement de l'article 750 *ter*, 2°, alinéa 2 du Code général des impôts (société détenue indirectement) ;
- soit sur le fondement de l'article 750 *ter*, 2°, alinéa 4 du Code général des impôts (société à prépondérance immobilière).

Section IV Conflits de qualification des biens

3492 La situation du défunt ou donateur résident en France pose peu de difficulté car l'assiette taxable en France est l'assiette mondiale et, quelle que soit la qualification donnée aux biens, ils seront imposés en France.

Dans le cas du défunt ou donateur domicilié hors de France, les conflits de qualification seront plus prégnants.

Pour citer quelques exemple :
- les fonds de commerce qui, en droit interne français, comprennent l'universalité des biens (notamment le matériel, les marchandises, le droit au bail et la marchandise) alors que

pour certains autres pays le fonds de commerce ne comprend que l'élément incorporel (la clientèle) ;
- les titres de sociétés étrangères à prépondérance immobilière en France ; ces derniers sont taxés en France comme étant assimilés fiscalement à des immeubles même si civilement ce sont des meubles ;
- les droits en *Time Share*, qui sont qualifiés de biens meubles en France alors qu'ils sont qualifiés en droit espagnol, belge, ou israélien de droits immobiliers.

Il en résulte qu'en l'absence de convention fiscale, chaque État est en droit d'imposer ; il peut en résulter une double imposition.

Exemple de conflits de qualification entre la France et un État lié par une convention 3493

Pour le droit fiscal français dans le cadre de la succession d'un défunt résident de France possédant un avoir sur un compte bancaire espagnol, cet avoir sera qualifié comme un bien incorporel imposable en France par le notaire français, tandis que le notaire espagnol le qualifiera, en vertu de son droit, de bien corporel imposable en Espagne. Il faudra dans un tel cas recourir à la procédure amiable.

Comment qualifier : tableau récapitulatif

Type de biens	Qualification en France	Qualification différente à l'étranger	Observation et rattachement
Titres de société qui n'est pas à prépondérance immobilière	Bien meuble incorporel		
Titres de société à prépondérance immobilière	Immeuble		
Avoir sur un compte en banque	Bien meuble incorporel	En Espagne : bien corporel	Recourir à la procédure amiable
Fonds de commerce	Universalité des biens : bien meuble		
	Biens meubles corporels		
Numéraire, le linge, les objets ménagers, les objets et collection d'art, mobilier, bijoux	Biens meubles corporels		
Valeurs mobilières, titres, OPCVM, bons du Trésor, créances	Biens meubles incorporels		
Voiture	Bien meuble		
Droits en *Time Share*	Biens meubles	Immeuble, notamment en Israël, Espagne et Belgique	

Section V Conflits de rattachement

3494 Parfois des interrogations surviennent, notamment pour savoir sur quel territoire le bien doit être considéré comme situé. À quel État faut-il le rattacher ? En fonction du droit interne des États, la solution n'est pas toujours identique et peut générer des cas de double imposition.

Pour exemple :
- les brevets sont parfois réputés situés au lieu où ils sont exploités, ou au lieu où ils sont enregistrés, ou dans l'État qui en assure la protection ;
- les valeurs mobilières, selon les pays, sont considérées comme situées au lieu du siège du débiteur, ou au lieu de dépôt ou au lieu de tenue des registres, ou encore au lieu d'émission des certificats représentatifs ;
- les comptes en banque sont considérés comme situés au lieu où ils sont tenus effectivement, ou au lieu où est situé le siège de la banque, ou parfois au lieu où ils sont judiciairement exécutoires (lieu où le paiement peut être exigé) ;
- les créances commerciales sont réputées comme situées au domicile du débiteur, au lieu de conclusion du contrat, au siège central de l'entreprise ou au lieu d'exploitation.

Section VI Cas particulier de l'assurance vie

3495 Pour l'étude de l'imposition d'un contrat d'assurance vie dans le cadre d'une succession internationale, se reporter à la deuxième commission, *supra*, au titre « Assurance vie », et aux n^{os} 2644 et suivants.

Section VII Liquidation fiscale

3496 Pour liquider fiscalement une succession, il faut déterminer l'assiette taxable.

Celle-ci s'obtient après diverses opérations. En premier lieu on détermine l'actif, puis on soustrait le passif déductible et les biens exonérés, on applique les abattements, et enfin on déduit le crédit d'impôt.

3497 Il convient de déterminer l'assiette des droits de mutation à titre onéreux.

§ I Actif

3498 Il s'agit des biens transmis. La valeur à retenir est la valeur vénale des biens (637).

A/ Pour les immeubles

3499 Les biens situés à l'étranger sont également évalués selon leur valeur vénale. Il faudra par conséquent être vigilant, surtout en présence de biens immobiliers, car nos correspondants étrangers peuvent indiquer des valeurs corrigées ou cadastrales, tel que cela est permis selon

(637) BOI-ENR-DMTG-10-40-10-10, n° 180.

le droit interne de leur pays. Il faudra exiger qu'ils indiquent la valeur vénale. L'évaluation des immeubles situés à l'étranger est faite à la valeur vénale à la date de transmission d'après la déclaration détaillée et estimative des parties, **mais abstraction faite des dispositions du deuxième alinéa de l'article 761 du Code général des impôts**.

L'article 761, alinéa 2 du Code général des impôts, indique : « Pour les immeubles dont le propriétaire a l'usage à la date de la transmission, la valeur vénale réelle mentionnée au premier alinéa est réputée égale à la valeur libre de toute occupation ».

Cette évaluation est faite par les héritiers. En notre qualité de notaire de France, on ne connaît pas ou mal le marché immobilier hors de France. Par conséquent, il sera prudent d'exiger la déclaration fiscale faite par les héritiers hors de France afin de s'assurer que le montant indiqué à l'administration fiscale étrangère et en France sont équivalentes. En effet, des héritiers pourraient être tentés de minorer la valeur des biens eu égard au taux souvent plus élevé d'imposition en France. Un avis de reconnaissance de conseil donné serait peut-être, selon les cas, approprié.

B/ Pour les biens mobiliers

Le principe souffre quelques exceptions. **3500**

I/ Principes généraux

Les biens mobiliers situés à l'étranger font l'objet d'une déclaration détaillée et estimative des parties. Les valeurs mobilières françaises et étrangères de toute nature, admises aux négociations sur un marché réglementé peuvent être évaluées suivant le cours au jour du décès ou suivant la moyenne des trente derniers cours précédant le décès ou la donation (638). Attention : si la valeur est cotée seulement à l'étranger, on retiendra cette cote. **3501**

En présence de créances consenties en monnaie étrangère, il faudra les évaluer en utilisant le cours des changes fixé à la bourse de Paris (639).

En pratique, lorsque le notaire interroge directement les banques pour connaître l'actif et le passif au jour du décès, il n'est souvent pas évident d'obtenir une réponse. Tel est d'ailleurs souvent le cas avec le Portugal. Le praticien est par conséquent dans l'obligation de se contenter des déclarations des clients. Il serait illusoire de penser que l'administration fiscale n'est pas en mesure de vérifier la véracité des montants en dépôt. En effet, elle peut contrôler les valeurs déclarées au moyen de l'assistance administrative internationale.

L'administration précise au BOI-ENR-DMTG-10-40-10-20 que les parties peuvent invoquer les dispositions de l'article 764 du Code général des impôts qui prévoient, en présence de bijoux, pierreries et objets d'art, que : « La valeur imposable ne peut, (...), être inférieure à l'évaluation faite dans les contrats ou conventions d'assurances contre le vol ou contre l'incendie en cours au jour du décès et conclus par le défunt, son conjoint ou ses auteurs, moins de dix ans avant l'ouverture de la succession, sauf preuve contraire. S'il existe plusieurs polices susceptibles d'être retenues, la valeur imposable est égale à la moyenne des évaluations figurant dans ces polices ».

(638) CGI, art. 759.
(639) BOI-ENR-DMTG-10-40-10-40, n^{os} 10 et s.

II/ Cas particulier des biens indisponibles

3502 Il arrive parfois que des biens situés hors de France soient indisponibles. Un régime spécial a été créé pour s'adapter à cette difficulté fréquemment rencontrée par les contribuables. Cette notion étant française, elle ne s'applique que pour les biens imposables en France en vertu du droit fiscal français, c'est-à-dire en vertu de l'article 750 *ter* du Code général des impôts (640). Par conséquent ce régime ne bénéficiera pas au contribuable en cas d'existence d'une convention fiscale applicable.

Que doit-on comprendre par « notion d'indisponibilité » ? Celle-ci s'entend de toute situation de fait ou de droit qui est de nature à priver le propriétaire du droit de disposer à son gré du bien qui lui appartient. Tel est le cas des mesures de séquestre, de blocage, de contrôle des changes, lorsqu'il en résulte une impossibilité pour le propriétaire de rapatrier les capitaux. Elle doit résulter d'une mesure prise par un gouvernement étranger, que celle-ci soit générale ou particulière.

3503

Exemple

M. Farah, de nationalité franco-marocaine, hérite de son père d'une maison située à Casablanca et d'un portefeuille de titres. En application de la loi marocaine, il ne peut, sauf accord du service des changes de Rabat, rapatrier les fonds en France eu égard à sa nationalité marocaine. Il doit, dans un premier temps, solliciter auprès du service des changes du Maroc le droit de rapatrier des fonds pour être en mesure de régler les droits dus en France.
À défaut d'accord, ces biens seront portés pour mémoire dans la déclaration souscrite en France en vue de la perception des droits de mutation par décès et le contribuable devra y joindre le refus. L'imposition sera suspendue. Lorsque les fonds seront devenus disponibles, il devra souscrire une déclaration complémentaire. Les biens sont évalués à leur valeur au jour de la cessation de l'indisponibilité ou à la date de leur aliénation. Il est fait abstraction des fruits, intérêts, dividendes ou autres produits échus postérieurement à l'ouverture de la succession. Lorsque les biens ou leur représentation ne deviennent disponibles ou ne font l'objet d'une vente, d'une cession ou d'un transfert que pour partie, seule cette partie fait l'objet de la déclaration complémentaire et les droits ne deviennent exigibles qu'à due concurrence. Les droits sont alors liquidés selon le tarif et d'après les règles applicables à la date d'ouverture de la succession et doivent être acquittés au moment du dépôt de la déclaration complémentaire.

III/ Le forfait mobilier

a) Le forfait

3504 Le forfait mobilier, en l'absence de convention, s'applique en vertu de l'article 764 du Code général des impôts, à défaut de vente publique ou d'inventaire. La valeur imposable des meubles meublants ne peut être inférieure à 5 % de la valeur des autres biens de la succession. Il s'agit d'une double présomption, d'existence et d'évaluation des biens.

b) L'inventaire pour déroger au forfait

3505 Pour éviter l'application du forfait, il est souvent conseillé aux contribuables de faire procéder à un inventaire. Comment procéder en matière de succession internationale ?

(640) BOI-ENR-DMTG-10-40-10-40, n° 280.

Pour les biens situés en France, le notaire français en charge de la succession aura vocation à établir l'inventaire des meubles puisqu'il est compétent en application des règles matérielles françaises. *Quid* pour les inventaires à réaliser à l'étranger ?

L'administration précise (641) qu'à défaut de vente publique, la valeur des meubles meublants est déterminée par l'estimation contenue dans les inventaires, dressés dans les formes prescrites par l'article 789 du Code civil et dans les cinq ans du décès (642). Pour répondre aux conditions de l'article 789 du Code civil, l'inventaire doit reproduire les mentions prévues à cet article, être dressé par un notaire et être clos. Il doit aussi porter sur tous les objets mobiliers présents dans l'appartement tels que papiers et titres actifs ou passifs.

Le notaire français n'ayant pas compétence pour se déplacer à l'étranger et régulariser un inventaire des meubles meublants se situant dans les résidences situées hors de France, le 115e Congrès des notaires de France préconise de faire établir l'inventaire par le professionnel compétent selon le droit interne du territoire sur lequel les meubles sont situés, c'est-à-dire en respectant les formes applicables dans cet autre État. Pour exemple, en Allemagne le notaire est compétent pour établir un inventaire (643), il faudra alors solliciter son concours. Il semble que l'acte de clôture de l'inventaire qui comprend le serment doive toutefois être reçu en France par un notaire français. Si toutefois un intitulé d'inventaire était nécessaire en France, à défaut il faudra se contenter de l'inventaire réalisé à l'étranger (tel sera le cas dans le cadre d'une succession d'un non-résident dont l'héritier est résident de France et ne possédant pas de meubles meublants sur notre territoire). En outre, il conviendra de respecter les formalités de légalisation ou d'apostille qui pourraient le cas échéant être requises.

Certains pourraient indiquer à juste titre que l'administration fiscale serait en droit de refuser l'inventaire comme ne répondant pas aux prescriptions de l'article 789 du Code civil. L'administration fiscale va devoir affiner sa doctrine, car les successions internationales vont se faire de plus en plus fréquentes et les professionnels en charge de leur règlement ont besoin d'instructions complémentaires.

§ II Passif

3506 En droit interne et à défaut de convention fiscale, les dettes contractées à l'étranger bénéficient des mêmes conditions de déductibilité que celles contractées en France (644).

Toutefois, si la dette est contractée auprès d'une personne qui bénéficie à l'étranger d'un régime fiscal privilégié, il faut apporter la preuve que l'opération était réelle et non excessive (645).

En application de l'article 238 A, alinéa 2 du Code général des impôts : « Les personnes sont regardées comme soumises à un régime fiscal privilégié dans l'État ou le territoire considéré si elles n'y sont pas imposables ou si elles y sont assujetties à des impôts sur les bénéfices ou les revenus dont le montant est inférieur de plus de la moitié à celui de l'impôt sur les bénéfices ou sur les revenus dont elles auraient été redevables dans les conditions de droit commun en France, si elles y avaient été domiciliées ou établies ».

(641) BOI-ENR-DMTG-10-40-10-20, n° 50.
(642) CGI, art. 764, I-2°.
(643) En application de l'article 2002 du *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) qui est le Code civil allemand.
(644) BOI-ENR-DMTG-10-40-20-40, n° 40.
(645) BOI-ENR-DMTG-10-40-20-10, n° 340.

Lorsque seuls les biens situés en France sont imposables en France, alors seul le passif afférent aux biens situés en France est en principe déductible. Tel est le cas si le défunt est non-résident. Pour les successions des non-résidents, on distingue deux hypothèses :
- le passif est affecté à un bien qui est imposable en France. La déductibilité est acquise sans conditions particulières ;
- le passif n'est pas affecté à un bien, mais ce dernier est imposable en France. Il n'est pas en principe déductible ; tel est le cas des dettes personnelles du *de cujus* contractées ou non en France.

Attention, car contrairement à cette règle, il est parfois possible en application de la jurisprudence de déduire des dettes françaises non affectées au bien imposable en France. Tel est le cas de la valeur de capitalisation d'une pension alimentaire versée à une ex-épouse (646).

§ III Liquidation des droits de mutation à titre gratuit

A/ Application des abattements et des exonérations aux biens étrangers

3507 Les exonérations et régimes spéciaux en matière de transmissions d'entreprises de l'article 787 B du Code général des impôts (nommé pacte Dutreil) sont applicables aux sociétés étrangères (647). Toutefois tel n'est pas le cas dans l'hypothèse de transmission à titre gratuit d'une entreprise individuelle. Les exonérations des articles 793 à 795 du Code général des impôts (648) ne s'appliquent pas aux biens situés à l'étranger (649), notamment les exonérations pour les bois et forêts et les monuments historiques.

Remarque : la Commission européenne a jugé ces dispositions discriminatoires dans sa recommandation du 15 décembre 2011.

B/ Application des abattements et des exonérations aux personnes étrangères

3508 L'administration fiscale estime que l'abattement personnel prévu par l'article 779 du Code général des impôts en faveur des ascendants et des enfants constitue un élément du tarif de l'impôt et est applicable quelle que soit la nationalité du défunt et des successibles. Il en est de même pour les abattements entre frères et sœurs (650), pour les handicapés (651), pour les partenaires au titre de la loi TEPA (652).

Le conjoint survivant ou le partenaire de PACS survivant étranger bénéficient de l'exonération sous réserve, le cas échéant, de rapporter la preuve que le partenariat étranger était assimilable à un pacs si celui-ci ne fait pas partie de la liste visée par l'administration (653) et sous réserve de l'ordre public international.

(646) CA Paris, 1re ch. B, 17 mars 2006, n° 04/10556, *Regazzacci* : passif français déductible, car dette contractée au profit d'un créancier français aux termes d'une décision française de justice.
(647) BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10, n° 30.
(648) À l'exception de l'article 793-1-5 du Code général des impôts qui prévoit le cas des exonérations en faveur des réversions de rentes viagères.
(649) BOI-ENR-DMTG-10-50-70, n° 90.
(650) CGI, art. 788-I.
(651) CGI, art. 779-11.
(652) CGI, art. 796 D *bis*.
(653) BOI-IR-CHAMP-20-10, n° 90.

Les réductions d'impôt (654) pour charge de famille (pour les successions encore concernées) bénéficient également aux non-résidents à partir du moment où il existe entre les États un accord de réciprocité.

C/ Obligation de rappel fiscal de l'article 784 du Code général des impôts

3509 Cette obligation concerne toutes les donations antérieures consenties par le défunt ou le donateur aux héritiers, donataires ou légataires domiciliés en France, quelle que soit la forme dans laquelle ces donations ont été constatées. Elle s'applique aux dons manuels déclarés et est étendue aux biens situés hors de France. Elle ne s'applique toutefois pas aux libéralités réalisées hors de France par un donateur domicilié au jour de la donation hors de France et ayant acquis date certaine avant le 1er janvier 1999.

Attention, la révélation de l'existence d'un don devant être rapporté à la succession peut provenir d'un jugement émanant d'une juridiction étrangère (655).

D/ L'élimination de la double imposition : article 784 A du Code général des impôts

3510 En l'absence de convention internationale, le droit interne français lui-même permet d'éliminer en totalité ou en partie les éventuelles doubles impositions sur les successions. Tel n'est pas le cas en matière d'impôt sur le revenu. II faudra attirer l'attention du client sur le risque existant en cas de non-mécanisme d'élimination de la double imposition dans le pays étranger.

L'article 784 A du Code général des impôts prévoit ainsi que, dans les cas définis aux 1° et 3° de l'article 750 *ter* du Code général des impôts, le montant des droits de mutation à titre gratuit acquitté hors de France est imputable sur l'impôt exigible en France (656).

Cette imputation est néanmoins limitée à l'impôt acquitté sur les seuls biens meubles et immeubles situés hors de France. L'impôt acquitté à l'étranger n'est donc pas imputable sur l'impôt français afférent aux biens situés en France.

Par ailleurs, l'impôt acquitté à l'étranger n'étant pas restituable, l'imputation est donc limitée au montant de l'impôt dû en France à raison des mêmes biens.

Le montant de l'impôt étranger imputable sur les droits dus en France se calcule à l'aide de la formule énoncée dans l'imprimé Cerfa n° 2740 (657), qui devra être adressé en double exemplaire, assorti des pièces justificatives (généralement une attestation fiscale étrangère), au comptable de la DGFiP qui a reçu la déclaration de succession.

Conclusion : en l'absence d'une convention fiscale et en application des règles de droit interne, l'élimination de la double imposition n'est donc pas totale. Toutefois, les cas de double imposition sont rares. En pratique, les règles combinées des articles 750 *ter* et 784 A du Code général des impôts permettent d'éviter une double imposition, mais l'actif successoral est le plus souvent imposé selon le taux le plus élevé des deux États en cause.

(654) Nous ne traiterons pas des exonérations ou réductions de droits en faveur de l'État, de certaines collectivités. V. M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 9e éd. 2018, § 1182.
(655) Cass. com., 16 févr. 2016, n° 14-21.724.
(656) L'adoption des dispositions des articles 750 *ter* et 784 A du Code général des impôts date de 1976. Ces dispositions sont entrées en vigueur le 1er juillet 1979.
(657) BOI-FORM-000051.

3511

Le risque de double imposition

Il peut résulter :
- d'un conflit de domicile fiscal : chaque État revendiquant que le défunt était domicilié sur son territoire impose une base mondiale. Tel est le cas des citoyens qui peuvent être à la fois considérés, en droit interne, comme domiciliés en France et à l'étranger. En effet, un contribuable résidant avec sa famille à Paris peut être considéré comme domicilié en France en vertu de l'article 4 B du Code général des impôts et résident d'un État étranger s'il possède cette nationalité et que ce pays a défini celle-ci comme critère de territorialité (658) ;
- d'un conflit de qualification de biens ;
- d'un conflit sur le rattachement des biens ;
- d'un refus de déductibilité des dettes.

CHAPITRE II Le règlement d'une succession en présence d'une convention internationale

3512 Le réseau conventionnel français en matière de droits de mutation à titre gratuit est peu développé, mais il représente toutefois l'un des meilleurs réseaux de conventions du monde.

Il existe, à ce jour, trente-cinq conventions en application en matière successorale (659).

Il n'existe pas de convention avec le Canada, mais toutefois la convention en matière d'impôt sur le revenu du 2 mai 1975 prévoit un dispositif d'élimination des doubles impositions.

Par application de la règle de primauté des traités sur le droit interne, il faudra définir la notion de résidence, du droit d'imposer et d'élimination de la double imposition à la lecture des articles de la convention et non plus à la lecture des articles 4 B et 750 *ter* du Code général des impôts. Le fonctionnement de la convention n'est pas toujours aisé, surtout s'il n'existe pas de note de la Direction générale des impôts permettant de déterminer la portée exacte du texte.

Le lecteur est invité à lire le chapitre intitulé « Comment lire une convention fiscale » de la deuxième commission, *supra*, aux n^os^ 2481 et suivants.

Section I Généralités

3513 Les conventions sont généralement calquées sur le modèle proposé par le Comité des affaires fiscales de l'OCDE en 1982 et qui n'a fait l'objet d'aucune actualisation depuis (660).

(658) Tel serait le cas d'un Américain.

(659) Algérie, Allemagne, Arabie saoudite, Autriche, Bahreïn, Belgique, Bénin, Burkina Faso, Cameroun, République centrafricaine, Congo, Côte d'Ivoire, Émirats arabes unis, Espagne, États-Unis, Finlande, Gabon, Guinée, Italie, Koweït, Liban, Mali, Maroc, Mauritanie, Monaco, Niger, Nouvelle-Calédonie, Oman, Qatar, Royaume-Uni, Saint-Pierre-et-Miquelon, Sénégal, Suède, Togo, Tunisie.

(660) Pour approfondissement sur le schéma d'une convention, V. *supra*, commission 2, n^os^ 2482 et s.

Les conventions fiscales permettent d'éliminer les risques de double imposition dans la mesure où :
- en cas de conflit de résidence, elles déterminent les critères à prendre en compte pour déterminer la résidence fiscale « conventionnelle » du contribuable ;
- elles répartissent le droit d'imposer entre l'État de résidence et l'État de situation ;
- elles prévoient des mécanismes d'élimination des doubles impositions (méthode de l'exonération ou de l'imputation) ;
- elles précisent, en général, les règles de répartition des dettes entre les États ;
- elles précisent certaines dispositions en matière de non-discrimination et de clauses anti-abus ou relatives au droit de suite.

Section II Définition du domicile fiscal

3514 Les règles de détermination du domicile sont les mêmes pour les conventions en matière de succession et de donation que celles applicables en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune. Il faut noter que le terme employé dans les conventions est celui de « domicile ». Pour le praticien, que l'on parle de domicile ou de résidence, ces deux termes ont la même portée en droit fiscal. Par conséquent cette différence de terminologie est sans incidence juridique.

En pratique le droit interne des États peut créer des situations dans lesquelles un même contribuable sera traité comme résident fiscal de deux ou plusieurs États. Pour éviter une double imposition, les conventions définissent le champ d'application et les personnes concernées. Pour approfondissement, il convient de se reporter à la deuxième commission, *supra*, aux n^{os} 2484 et suivants.

Aux termes de l'article 4, 1 du modèle de convention fiscale de l'OCDE relatif aux successions et donations, 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.

Par conséquent, pour être considéré comme résident dans un État, il faut que cette personne satisfasse une condition de soumission à l'impôt de succession ou de donation.

Quelle est en pratique la portée de ce critère d'assujettissement à l'impôt ?

Pour qu'un contribuable puisse bénéficier de la protection apportée par l'application des conventions, il faut qu'il puisse prouver que la succession ou que la donation est assujettie à un impôt dans l'État de résidence du défunt ou du donateur. Par conséquent, les contribuables exonérés (même s'ils ne le sont que sous certaines conditions) ne sont pas des résidents si la succession ou la donation n'est pas soumise à l'impôt dans l'État de résidence du défunt ou du donateur ou si l'assiette imposable se limite aux biens situés dans cet État.

Exemple

M. Muller est résident autrichien. Il décède à Vienne en laissant sa fille unique domiciliée à Paris. La convention franco-autrichienne en matière de succession a-t-elle vocation à s'appliquer ? Réponse négative, car les successions en Autriche sont exonérées de droits de mutation à titre gratuit. Par conséquent l'héritière ne remplit pas le critère d'assujettissement à l'impôt.

Le 115e Congrès des notaires de France considère que le défaut d'imposition qui serait dû au jeu des abattements applicables en faveur des héritiers et du conjoint survivant ne doit pas être considéré comme faisant perdre le critère d'assujettissement. La convention reste dans ce cas applicable.

Exemple

M. Agnelli, résidant à Rome, décède en laissant sa fille domiciliée à Paris. L'actif de sa succession est de 800 000 €. En Italie, l'abattement au profit des enfants est de 1 000 000 €. La fille est exonérée de droits de succession dans le pays du défunt (Italie). La convention franco-italienne reste applicable, car le critère d'assujettissement doit être considéré comme respecté.

Ce type de dossier peut être sécurisé par le biais d'un rescrit.

3515 En présence de cas de double résidence (661), la convention va résoudre les conflits de domicile en donnant la priorité à l'un des États.

En présence d'une convention qui reprend le modèle de l'OCDE, les critères de domiciliation doivent être examinés dans l'ordre suivant (662) :
- le foyer d'habitation permanente ;
- le centre des intérêts vitaux ;
- le lieu de séjour ;
- la nationalité, et enfin la procédure amiable.

Pour approfondissement de la notion de résidence en droit conventionnel, il est proposé au lecteur de se référer à la deuxième commission, *supra*, au nos 2456 et s. Ces critères sont successifs et non alternatifs (à la différence des critères du système interne français de l'article 4 B du Code général des impôts).

Toutes les conventions ne reprenant pas le modèle de l'OCDE (663), il faudra lire avec attention chacune des conventions et l'article introductif traitant de la notion de résident.

Le principe de subsidiarité (étudié en droit fiscal par la deuxième commission, *supra*, au no 2484) n'est pas applicable et les conventions fiscales en matière de donations et successions doivent être considérées comme étant d'application directe, car les droits de mutation à titre gratuit sont de la compétence de la juridiction judiciaire.

Section III Conflits de qualification des biens

3516 Les conflits de qualification exposés ci-dessus sont moins problématiques en présence d'une convention. En effet, la convention reprenant le modèle de convention fiscale de l'OCDE de 1982 attribue le droit d'imposer les biens dépendant de la succession, et ces derniers

(661) Tel est le cas d'un contribuable qui serait considéré comme domicilié aux États-Unis comme étant de nationalité américaine et considéré domicilié en France comme ayant son foyer à Paris.
(662) CE, 8e et 3e ss-sect., 29 oct. 2012, no 346641, *Kessler : RJF* 1/2013, no 83.
(663) Notamment les conventions avec Monaco et l'Allemagne.

sont définis par référence au droit de l'État où ils sont situés pour les immeubles, ou l'État du domicile du défunt pour les biens mobiliers et les autres biens.

En matière de créance garantie par une hypothèque immobilière, celle-ci reste bien souvent un bien mobilier. Tel est le cas dans la convention franco-américaine, mais l'attention du lecteur est attirée sur le fait que les conventions fiscales peuvent déroger à cette qualification.

Section IV Conflits de rattachement

Les conflits de rattachement exposés ci-dessus disparaissent en principe en présence d'une convention fiscale. Les règles de rattachement qui peuvent être prévues dans une convention (664) s'imposent aux États signataires : ils peuvent contredire leur droit interne. **3517**

Section V Règle de répartition du droit d'imposer

Lorsqu'elles sont conformes au modèle OCDE, les conventions en matière d'impôt sur les successions répartissent le droit d'imposer entre les deux États : **3518**

- État du lieu de situation des biens pour les immeubles, les biens rattachables aux établissements stables et bases fixes, les navires, bateaux et aéronefs et enfin les biens meubles corporels ;
- État de résidence du défunt ou donateur pour les autres biens.

– Précisions sur la notion d'immeubles. – Aucune des conventions ne fait référence à la détention indirecte, contrairement au droit interne, à l'exception de la convention franco-allemande du 12 octobre 2006. Les conventions fiscales actuellement en vigueur ne permettent donc pas l'application du cas prévu au deuxième alinéa de l'article 750 *ter*, 2° du Code général des impôts. En revanche, il arrive parfois qu'elles prévoient l'imposition des parts ou actions de sociétés à prépondérance immobilière en France. **3519**

À titre non limitatif, celles faisant référence à la notion de prépondérance immobilière comme en matière de droit interne sont les conventions avec l'Allemagne, l'Autriche, le Cameroun, le Congo, les États-Unis, l'Italie, la Nouvelle-Calédonie, Saint-Pierre-et-Miquelon et la Suède.

À retenir **3520**

La France ne peut soumettre à l'impôt une mutation portant sur des parts ou actions de sociétés étrangères à prépondérance immobilière que si la convention fiscale ne s'y oppose pas.

– Situation des donataires, héritiers et légataires. – La majorité des conventions ne prend pas en compte la résidence des donataires, héritiers, ou légataires (sauf cas particulier, ces conventions s'opposent, dès lors, à l'application des dispositions du troisième alinéa de l'article 750 *ter* du Code général des impôts). Elles ont pour effet de priver la France du droit d'imposer les biens légués ou donnés par un défunt ou un donateur non résident à un **3521**

(664) La convention franco-britannique contient des règles de rattachement des biens.

bénéficiaire résident de France, s'ils sont situés hors de France (c'est-à-dire dans l'autre État partie à la convention ou dans un État tiers) ou bien non imposables en application de la convention.

Il existe toutefois sur ce point une exception avec la convention franco-allemande du 12 octobre 2006 (665).

Cette convention a été négociée après l'entrée en vigueur de l'article 750 *ter*, 3° du Code général des impôts

En sens contraire, s'agissant de la convention franco-italienne (666), la France serait en droit d'imposer si un donataire domicilié en France reçoit des biens meubles et immeubles situés en Italie qui lui sont donnés par un donateur résidant en Italie. Dans ce cas particulier, la France impose la mutation, et l'impôt acquitté en Italie au titre de ces biens situés hors de France est alors imputable sur l'impôt français.

Les conventions fiscales conclues par la France, sauf exception, s'opposent à l'application des dispositions du troisième alinéa de l'article 750 *ter* du Code général des impôts. En effet, elles répartissent les droits d'imposer en fonction de l'État de la résidence du défunt (ou du donateur) et du lieu de situation des biens sans prendre en compte la situation des héritiers ou des légataires (ou donataires). Les conventions sont donc plus favorables que le droit interne.

3522 – Le forfait mobilier. – Si le forfait en l'absence de conventions s'applique en vertu de l'article 764 du Code général des impôts, qu'en est-il en présence d'une convention ?

Il semble que le forfait ne devrait pas s'appliquer, car ce dernier est fondé sur une présomption d'existence. Or les conventions ne permettent aux États d'imposer que des biens définis et situés. Taxer à titre forfaitaire des meubles meublants revient à imposer des biens qui seraient virtuels. En cas de décès d'un non-résident laissant des biens situés en France, en application de la convention et sous réserve que cette dernière soit conforme au modèle de convention fiscale de l'OCDE, les meubles ne sont imposables que dans l'État de résidence du défunt. L'application d'un forfait mobilier sur l'assiette des biens taxables en France reviendrait à rendre le mobilier taxable en France et à déroger au principe même de la répartition de l'imposition contenu dans la convention. Dans un tel cas, on peut s'interroger sur le bien-fondé de l'application de ce dernier.

Quelle est la position de l'administration fiscale dans ce cas ?

Celle-ci est floue, car elle considère que le forfait est déterminé eu égard à l'ensemble des biens qui sont imposables selon la législation interne, c'est-à-dire tel que l'assiette est définie à l'article 750 *ter* du Code général des impôts (667). D'autre part, elle affirme également que le forfait se calcule sur l'ensemble des valeurs mobilières, autres que les meubles meublants, et immobilières imposables en France (668). Par conséquent il ne faudrait plus faire de renvoi au droit interne et on devrait exclure de l'assiette les biens non imposables en France en raison des conventions fiscales (669). Le forfait devrait alors être appliqué sur la seule valeur des biens situés en France, si le défunt est résident hors de France.

(665) BOI-ENR-DMTG-10-10-30, n° 420.
(666) Rép. min. Morel n° 92034 : *JOAN* Q 8 févr. 2011, p. 1262.
(667) BOI-ENR-DMTG-10-50-70, n° 70.
(668) BOI-ENR-DMTG-10-40-10-20, n° 90
(669) En ce sens CA Paris, 1re ch., sect. B, 23 mars 2007, n° 05/8731, *Daron*.

Section VI Règle de répartition des dettes : quatre principes (Modèle OCDE, art. 8)

3523 La détermination du passif successoral va dépendre de la convention fiscale. Il faudra lire les règles de répartition avec attention. Les pays appliquent des règles bien différentes, allant de la non-déductibilité à la déductibilité proportionnelle au total.

En présence d'une convention fiscale émanant du modèle de l'OCDE, on constate quatre principes de répartition des dettes :

- dans l'État de situation des biens, le passif afférent à un bien immobilier, à un établissement stable ou à une base fixe doit être déduit de la valeur du bien. Il en va de même pour les autres biens imposables exclusivement dans l'État de résidence ;
- dans l'État de situation des biens, le passif excédant la valeur d'un bien peut être reporté sur un autre bien ;
- si, après liquidation, il existe un passif excédentaire dans un État, cet excédent est transférable vers l'autre État. Ainsi l'assiette qui aura été taxée ne sera que la valeur nette d'un patrimoine considéré dans son ensemble ;
- la déduction n'est possible dans un État que si l'autre État n'est pas tenu de déduire la même dette en vertu de sa législation (afin d'éviter la double déduction des dettes).

Les conventions ne définissent pas le mot « dettes ». Il faut donc se reporter à la législation interne de chaque État pour savoir si une obligation déterminée doit être considérée comme une dette déductible.

Il faut être informé que les conventions reprennent rarement l'intégralité de l'article 8 du modèle de l'OCDE. Il convient donc de se référer chaque fois à la convention applicable.

La lecture des conventions permet de découvrir que certaines contiennent des dispositions relatives au mode de preuve des dettes.

Section VII Élimination des doubles impositions

3524 Pour éliminer les éventuelles doubles impositions, les conventions fiscales peuvent retenir deux méthodes :

- celle de l'imputation (dite également « méthode du crédit d'impôt ») ;
- celle de l'exonération, laquelle est fréquemment couplée avec la règle du taux effectif.

NB : une même convention peut retenir ces deux méthodes : l'exonération pour un État **(§ II)**, l'imputation pour son cocontractant **(§ I)**.

§ I Méthode de l'imputation

3525 Les conventions fiscales peuvent ne pas réserver le droit d'imposer à un État en particulier. Dès lors, l'actif successoral pourra être imposable tant dans l'État de résidence du défunt que dans l'État du lieu de situation des biens.

La double imposition est évitée au moyen d'un crédit d'impôt accordé par l'État de résidence du défunt, égal à l'impôt acquitté dans l'État de situation du bien, dans la limite de l'impôt dû dans l'État de résidence. Concrètement, l'État du domicile du défunt annule son

impôt, mais il ne rembourse pas aux héritiers (légataires ou donataires) un excédent de crédit d'impôt.

Cette méthode est retenue dans les conventions conclues avec l'Allemagne, le Canada, la Belgique (pour les seuls défunts domiciliés en France), le Congo, les États-Unis, l'Italie, la Nouvelle-Calédonie, le Royaume-Uni et Saint-Pierre-et-Miquelon. L'imputation peut être partielle, intégrale ou forfaitaire (pour approfondissement, se reporter à la deuxième commission, *supra*, aux n^{os} 2471 et s.).

§ II Méthode de l'exonération

3526 La convention répartit le droit d'imposer entre l'État de résidence du défunt et l'État du lieu de situation des biens.

Les biens dont l'imposition est réservée à un État ne peuvent être imposés dans l'autre État, ce qui permet d'éviter toute double imposition à la source.

NB : une déclaration de succession devra néanmoins être souscrite et indiquer la totalité des biens laissés par le défunt, même s'ils ne sont pas imposables en France en application d'une convention fiscale en raison des articles 800 et 802 du Code général des impôts.

La méthode de l'exonération décline elle-même deux sous-méthodes, l'une dite de « l'exonération totale » et une seconde dite « de l'exonération avec progressivité » (ou méthode du taux effectif). Pour approfondissement de ces méthodes, il sera opéré un renvoi du lecteur à la deuxième commission, *supra*, aux n^{os} 2468 et suivants.

La méthode de l'exonération totale est utilisée pour les conventions que la France a signées avec les pays suivants : Bahreïn, Émirats arabes unis, Koweït, Monaco, Oman, Qatar.

La méthode de l'exonération avec progressivité, appelée également du taux effectif : lorsque la méthode d'élimination de la double imposition retenue est celle de l'exonération avec progressivité, il est généralement prévu que chaque État conserve le droit de calculer l'impôt afférent aux biens dont l'imposition lui est réservée, d'après le taux moyen qui serait applicable s'il était tenu compte de l'ensemble des biens qui seraient imposables d'après sa législation interne. Concrètement, l'impôt est calculé sur le montant total des biens du défunt, mais il n'est dû qu'en proportion de la part que représentent les biens effectivement soumis à l'imposition dans le montant total des biens.

En principe, les conventions signées par la France permettent de calculer le taux de l'impôt exigible suivant la règle du taux effectif, à raison des successions (ou des donations) qu'elles visent, que le défunt (ou le donateur) soit domicilié ou non domicilié en France au moment du décès (ou de la donation).

En effet, à la différence de l'impôt sur le revenu, il n'y a, du côté français, en matière de droits de mutation à titre gratuit, aucune restriction à l'application de la règle du taux effectif à l'égard des personnes n'ayant pas leur domicile fiscal en France.

Par exception à ce principe, certaines conventions ne prévoient l'application de la règle du taux effectif qu'à l'égard des non résidents.

La pratique française consistait principalement dans le passé à retenir la méthode de l'exonération, en l'assortissant de la règle du taux effectif ; environ vingt-cinq conventions retiennent cette méthode avec application du taux effectif. Exemple : la Belgique (pour les défunts domiciliés en Belgique).

Calcul du taux effectif

Le calcul du taux effectif suppose la connaissance par le praticien de tous les actifs composant la succession en France comme à l'étranger. L'administration fiscale est en droit d'effectuer un redressement pour le cas où certains actifs, bien que non soumis directement aux droits de mutation à titre gratuit en France, auraient été omis pour le calcul du taux effectif (670).

Section VIII Dispositions complémentaires

Il convient de préciser certains points. **3527**

§ I L'étendue du paragraphe « non-discrimination »

Lorsqu'elle existe, cette clause prévoit en général l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité. **3528**

En pratique, le principe de non-discrimination est souvent invoqué pour obliger un État à accorder aux héritiers nationaux de l'autre État les exemptions, abattements, déductions et réductions d'impôts qu'il accorde à ses nationaux.

La clause de non-discrimination contenue dans la convention sur le revenu s'applique en matière de succession, car son champ d'application comprend tous les impôts.

Par conséquent, si la convention fiscale en matière de succession n'a pas prévu de clause de non-discrimination, il sera important de se reporter à la convention en matière d'impôts sur le revenu et de vérifier son champ d'application.

§ II La portée de la clause prévoyant une procédure amiable

Comme en matière de convention d'impôts sur le revenu, la quasi-totalité des conventions prévoit que les autorités compétentes peuvent se rapprocher pour tenter de parvenir à un accord afin de régler les difficultés d'application des conventions tendant à éviter les doubles impositions. Il ne s'agit pas d'une procédure juridictionnelle. Elle a un caractère bilatéral puisqu'elle implique généralement deux administrations fiscales. **3529**

Tel sera le cas concernant un litige sur la détermination du domicile du défunt ou du donateur, ou face à des difficultés en matière de répartition des dettes. Il est parfois prévu en sus une procédure d'arbitrage (671).

§ III La clause anti-abus et le droit de suite

Cette clause est insérée à la demande des États ayant mis en place un système de suivi de leurs ressortissants afin d'imposer les nationaux non résidents. Tel est le cas des États-Unis et de la Suède. Ces pays craignent que leurs nationaux s'exilent, principalement en fin de vie, pour ainsi limiter les droits de mutation à titre gratuit. **3530**

(670) Modalités pratiques du calcul : BOI-ENR-DMTG-10.50.70, 17 mars 2014, § 50 et s.
(671) En ce sens la convention franco-allemande du 12 octobre 2006.

SOUS-TITRE III

Fiscalité des donations internationales

3531 Le réseau conventionnel français en matière de donation est peu développé. Cent quatre-vingt-dix-sept États sont reconnus par l'Organisation des Nations unies.

Il existe, pour la France, sept conventions en matière de donation conclues tant avec d'autres États qu'avec des territoires d'outre-mer : Allemagne, Autriche, États-Unis, Italie, Nouvelle-Calédonie, Saint-Pierre-et-Miquelon et la Suède. Ces conventions visent à la fois les successions et les donations.

Certains auteurs indiquent qu'il existe neuf conventions, car ils incluent dans la liste la Guinée et le Portugal. Cette affirmation doit être clarifiée, car ces pays n'exonèrent que les dons et legs consentis aux collectivités locales et aux établissements publics, établissements d'utilité publique ainsi qu'aux organismes, associations et institutions et fondations à but désintéressé créés ou organisés dans un État contractant.

CHAPITRE I Le traitement d'une donation en l'absence d'une convention fiscale internationale

3532 En dehors de sept territoires ayant régularisé une convention avec la France, l'imposition des donations relève de l'article 750 *ter* du Code général des impôts.

Les donations suivent donc le même régime d'imposition que les successions. En application de l'article 750 *ter* du Code général des impôts :

- si le donateur est résident de France, son obligation fiscale est « illimitée », à ce titre la donation est taxée sur tous les biens donnés, qu'il s'agisse d'un bien français ou étranger ;
- si le donateur est non-résident, seuls les biens français sont taxés, sauf si le donataire est résident fiscal de France (taxation sur tous les biens donnés dans la limite de la part lui revenant).

Le régime de l'article 750 *ter*, alinéa 3 du Code général des impôts concernant les donataires qui n'ont pas été domiciliés en France pendant au moins six ans au cours des dix dernières années précédant celle au cours de laquelle ils reçoivent les biens aura pour effet de réduire l'assiette imposable aux seuls biens français.

En pratique, une donation faite à un enfant de moins de six ans n'entre pas dans le champ d'application de cet article pour non-respect de la condition de durée (672).

Les donations de numéraire par actes sous seing privé passés à l'étranger doivent être imposées et donc déclarées en France lors de la rédaction de l'acte et non lors de sa révélation (673).

(672) En ce sens Rép. min. Zimmermann : *JOAN* Q 12 juill. 2005, p. 6875.
(673) En ce sens CA Rouen, 1re ch., 23 nov. 2005, nº 04/2040, *Pividal : Dr. fisc.* 2006, nº 15, comm. 331.

CHAPITRE II Le traitement d'une donation en présence d'une convention fiscale internationale

Il conviendra d'appliquer les mêmes règles qu'en matière de succession. Toutefois, il faut préciser que les conventions sont plus favorables que le droit interne, car elles ne prennent pas en compte le domicile du donataire. Cependant en pratique, elles sont susceptibles de s'appliquer moins souvent que l'article 750 *ter* du Code général des impôts, compte tenu du nombre très faible de conventions fiscales conclues en cette matière. **3533**

Parfois, à la lecture de la convention, il y aura lieu de s'interroger pour savoir si l'impôt listé dans les articles introductifs formant les chapitres I et II de la convention constitue bien un impôt sur les donations. Sur ce point, il convient de se reporter aux développements réalisés par la deuxième commission (V. *supra*, n° 2486).

Il arrive parfois que les dispositions conventionnelles relatives aux donations ne soient pas traitées dans une convention spécifique, mais qu'elles soient contenues dans des conventions traitant des revenus, ou de l'impôt sur la fortune. Il n'est donc pas toujours évident que celles-ci couvrent les « droits de donation ». Les conventions utilisant les termes « les impôts à cause de mort » ou « les droits de mutation par décès » ne peuvent pas s'appliquer aux droits de donation.

En revanche, les termes « droits de mutation à titre gratuit » ou également « droits/impôts sur les successions et sur les donations » couvrent les donations.

Par ailleurs, lorsque la convention mentionne les droits d'enregistrement (674), une incertitude peut apparaître.

En effet, *a priori* l'expression ne couvre pas les impôts de donation.

Cependant, un auteur (675) considère que les droits d'enregistrement peuvent être compris comme accueillant les impôts de donation, et donc permettent d'éviter une double imposition.

L'existence d'une certaine pratique en ce sens peut d'ailleurs être relevée.

Le 115e Congrès des notaires de France préconise sur ce point la pratique du rescrit.

Les conventions en matière de donation utilisent principalement, pour l'élimination de la double imposition, la méthode de l'exonération avec taux effectif. **3534**

L'attention des praticiens est attirée sur la pertinence de déconseiller de consentir une donation, principalement pour des raisons fiscales : tel est le cas en absence d'une convention fiscale en matière de donation et en présence d'une convention fiscale en matière de succession avec ce même État. Pourquoi payer des doubles droits alors que l'on peut prétendre, en attendant les décès, à bénéficier de la disparition de la double imposition ?

La qualité du conseil se situera au stade de l'étude des abattements et des obligations de rappel fiscal pour calibrer le montant des donations, ceci de façon à transmettre le patrimoine en bénéficiant dans chaque pays du maximum d'abattements de chaque État et du minimum d'obligations de rappel fiscal dans ces mêmes pays.

Il convient également de rester vigilant, pour les cas où le donateur serait notamment résident fiscal à l'étranger, et ne pas forcément conseiller une donation sur des biens situés en France, en pratiquant machinalement une réserve d'usufruit. En effet, nonobstant les

(674) Droits d'enregistrement en général (ce n'est pas le cas si les droits d'enregistrement sont limités au droit de timbre).

(675) B. Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales*, Francis Lefebvre, 11e éd., p. 742, 49012.

abattements dont il dispose dans son droit interne, l'État qui aura à traiter de la succession du donateur peut considérer la réserve d'usufruit comme un élément induisant que le bien rentre pour sa valeur en totalité dans la masse successorale au moment de son décès. De fait, la réserve d'usufruit ainsi pratiquée et d'apparence favorable au moment de la donation, sera en fait inefficace au moment du décès. Les héritiers pourraient alors reprocher au praticien d'avoir réalisé un acte inutile, voire pécuniairement aggravant.

3535

Pour illustration

Premier exemple : France – USA

Il convient de s'interroger sur les conséquences fiscales aux États-Unis de la conservation à l'occasion d'une donation réalisée en France de l'usufruit des parts de SCI détenant un bien immobilier situé en France.

Le système américain de *common law* prévoit une disposition quant aux *retained interests*. Bien que le donateur ait donné un bien, le fait pour lui de conserver un intérêt dans celui-ci sera considéré comme un droit de propriété qui devra être ajouté à son patrimoine lors du règlement de sa succession.

Cette règle s'applique pour les transferts de propriété avec réserve d'usufruit, transfert de propriété à la date du décès, certaines rentes, etc.. En conséquence, la valeur en pleine propriété du bien au jour de l'ouverture de la succession du prétendu donateur devra être incorporée dans la masse taxable à l'impôt successoral américain. De ce fait, si l'on réserve l'usufruit au profit du donateur, la nue-propriété des titres sera taxée en France lors de la donation, ainsi que par les États-Unis après imputation de l'impôt payé en France (676). Au décès, en France, l'usufruit s'éteindra de plein droit et ne sera pas taxé (677). Mais, aux États Unis, les parts seront censées toujours faire partie du patrimoine du défunt pour leur pleine propriété, et seront à nouveau taxées à l'impôt de succession, sans possibilité de limiter la double imposition puisqu'aucune taxation n'aura lieu en France. Cela reviendrait à taxer aux États-Unis la donation de la nue-propriété des titres et la transmission par décès de la pleine propriété des titres. Il conviendra néanmoins de vérifier que l'abattement en vigueur au moment du décès est applicable à la succession et que son montant ne permet pas d'exonérer la transmission (678). Au cas par cas, selon la valeur des biens à transmettre, il peut donc être conseillé de faire la donation en pleine propriété, et de l'échelonner dans le temps, si possible, afin de profiter plusieurs fois de l'abattement de 100 000 € prévu par la législation fiscale française, en ligne directe, sachant tout de même que cet abattement ne se reconstitue que tous les quinze ans. Ainsi, il sera possible de profiter des avantages fiscaux en France sans entraîner de conséquences onéreuses aux États-Unis.

Second exemple : France – Belgique

Dans le cadre d'une donation, le droit interne belge retient comme assiette taxable la pleine propriété, alors même qu'il a été pratiqué une réserve d'usufruit.

(676) Conv. fiscale franco-américaine, 24 nov. 1978, art. 12-2, b, mod. par l'avenant du 8 décembre 2004.

(677) CGI, art. 1133.

(678) Pour une personne domiciliée fiscalement aux États-Unis (conformément aux critères retenus par ce pays), sera également déductible l'abattement (*Basic exclusion*) qui permet d'exonérer une succession jusqu'à 11 200 000 $ par défunt en 2018. Si, après cet abattement, il reste un patrimoine imposable, les droits successoraux américains (*Estate tax*) se calculent en fonction d'une échelle progressive (18 % – 40 %). Les taux d'imposition aux États-Unis sont les mêmes quel que soit le bénéficiaire de la succession (fils, cousin, ami), le taux n'est pas basé sur le lien de parenté.
Évolution de l'abattement et des droits de succession aux États-Unis (fédéral) : https://taxfoundation.org/federal-estate-and-gift-tax-rates-exemptions-and-exclusions-1916-2014.
Pour le *non domiciliary*, l'abattement est de 60 000 $. Les taux sont les mêmes que pour un résident (18 % – 40 %) : www.irs.gov/individuals/international-taxpayers/some-nonresidents-with-us-assets-must-file-estate-tax-returns.
À noter : certains États ont des droits de succession (*State Inheritance tax*) en plus de l'imposition fédérale. V. ci-dessous les droits de succession par État : https://taxfoundation.org/state-inheritance-estate-taxes-economic-implications.
The basic exclusion amount (or applicable exclusion amount in years prior to 2011) for gifts is $1,000,000 (2010), $5,000,000 (2011), $5,120,000 (2012), $5,250,000 (2013), $5,340,000 (2014), $5,430,000 (2015), $5,450,000 (2016), $5,490,000 (2017), and $11,180,000 (2018).

En conclusion, il convient de s'interroger sur l'opportunité d'avoir recours à une donation en fonction du contexte en présence. **3536**

- en présence d'une convention en matière de donation : la réponse est positive, car la double imposition est éliminée (sauf cas exceptionnels) ;
- en l'absence de convention en matière de donation et en présence d'une convention en matière de succession : la réponse est négative, car il serait regrettable d'acquitter des doubles droits de mutation à l'occasion de la donation, alors même que la convention succession, qui interviendra au moment du décès, en permettra l'économie ;
- en l'absence de convention tant en matière de donation que de succession : seule l'expertise du praticien, résultant d'un calcul chiffré, tenant compte tant des modes d'évaluation des biens successoraux (valeur marché, valeur cadastrale, valeur cadastrale corrigée, forfait), des exonérations éventuelles, des modes de valorisation des usufruits, que des règles de rapport fiscal des donations, permettront de déterminer l'opportunité de l'opération.

Le notaire devra être attentif à l'applicabilité prévue à l'article 784 A du Code général des impôts. En effet, il se peut qu'à l'étranger aucune imputation des droits de mutation acquittés hors du territoire ne soit prévue par les textes, de sorte que la donation effectuée en France et ayant généré des droits de mutation en France pourra également générer des droits de donation à l'étranger sans imputation possible. En outre, parfois le défaut d'imputation résulte soit du fait qu'il n'existe pas d'équivalent de l'article 784 A du Code général des impôts à l'étranger, soit du fait qu'il n'existe pas d'impôts de même nature à l'étranger justifiant la bonne applicabilité de l'imputation prévue par l'article 784 A.

SOUS-TITRE IV

Les obligations déclaratives

Il convient de distinguer les obligations déclaratives en matière successorale **(Chapitre I)** et en matière de donation **(Chapitre II)**. **3537**

CHAPITRE I Les obligations déclaratives en matière de succession

Il est impératif pour les héritiers de réaliser une déclaration. **3538**

À l'étranger, cette formalité sera effectuée par l'héritier ou son conseil localement compétent.

En France, cette formalité consistera en l'établissement et au dépôt d'une déclaration de succession. La pratique notariale étant régulièrement confrontée à l'établissement de celle-ci, il n'est pas nécessaire de rappeler ici toutes les obligations d'usage. Il faut toutefois préciser certains points :

1. cette déclaration doit contenir la totalité de l'actif, en ce compris les biens non imposables en France qui seront alors portés pour mémoire. Le respect de cette obligation est important, car elle permet à l'administration fiscale de s'assurer que lesdits biens sont fiscalement non imposables en France, mais cela permettra également au contribuable, en présence de biens immobiliers situés à l'étranger, de fixer le prix d'entrée dans son

patrimoine. Lors de la vente de ce bien, cette valeur entrera dans le calcul de l'impôt de plus-value à payer en France ; pour approfondissement, on renvoie le lecteur à la deuxième commission, *supra*, aux n^os^ 2501 et suivants. Dans ce cas particulier, il faudra indiquer à titre indicatif la valeur vénale du bien ou des droits immobiliers quand bien même cette valeur serait à porter pour mémoire dans le calcul des droits ;

2. il doit être indiqué les donations antérieures consenties au profit des successibles ;
3. le délai de déclaration est corrélé au lieu du décès. En cas de décès en France, il sera de six mois, et de douze mois en cas de décès à l'étranger. En pratique, dès qu'il existe un élément d'extranéité, que le décès ait eu lieu en France ou à l'étranger, il est très difficile de régler une succession internationale même dans un délai de douze mois. Obtenir un simple relevé des comptes au jour du décès d'une banque située à l'étranger est parfois bien délicat. Il faudra prévenir les héritiers de l'existence de ces lenteurs dès le premier rendez-vous et mettre en place, si toutefois cela est possible, le versement d'un acompte. Un délai de dix-huit mois serait plus approprié pour ce type de dossier. De plus, en cas de liquidation d'un régime matrimonial dépendant d'un système juridique étranger, l'intervention d'un juriste étranger s'avérera nécessaire, quand bien même le *de cujus* serait décédé en France et qu'il n'existerait pas de biens situés à l'étranger.

Il faut avoir à l'esprit que les banques refusent régulièrement de verser les fonds tant aux héritiers qu'au notaire. Dès lors que l'un des héritiers est non-résident, elles exigent la preuve du dépôt de la déclaration de succession et vérifient que l'administration fiscale a autorisé le transfert des fonds. Cette particularité rend difficile le déblocage même partiel des fonds pour effectuer un versement d'acompte qui proviendrait des comptes dépendant de la succession. De plus, afin d'obtenir le *quitus* de l'administration fiscale il est nécessaire de déposer une déclaration de succession malgré la prescription.

CHAPITRE II Les obligations déclaratives en matière de donation

3539 En pratique, la déclaration d'une donation consentie à l'étranger auprès des services fiscaux s'avère cruciale. En effet, elle confère à celle-ci date certaine, et évite ainsi que l'administration fiscale ne considère que la donation est en fait révélée au jour du décès du donateur, ce qui selon le cas peut générer une imposition en France.

Un certain nombre d'interrogations peuvent se poser au praticien :

1) En cas de donation consentie à l'étranger n'engendrant pas de droits de mutation à titre gratuit (DMTG) en France (en application d'une convention fiscale ou de l'article 750 *ter* du CGI), les parties ont néanmoins intérêt à enregistrer auprès des services fiscaux français cette donation afin de lui conférer date certaine. L'objectif est d'éviter que le fisc français ne considère que cette donation est révélée (et donc éventuellement taxée en France) au jour du décès du donateur.

En effet, un don manuel ou un acte régularisé à l'étranger, même dressé par un notaire, n'a pas date certaine à l'égard de l'administration fiscale française.

Dans ce cas, les services fiscaux français admettent-ils le dépôt d'un imprimé don manuel (Cerfa n° 2735) sur lequel serait indiqué qu'aucun impôt n'est dû en France en application de l'article 750 *ter* du Code général des impôts (ou de la convention fiscale applicable) ?

Dans la négative, comment procéder ? Peut-on déposer une copie de l'acte étranger (si un acte a été signé) gratis en indiquant qu'aucun droit n'est dû en France ?

Pour donner une date certaine à un don manuel ou un acte régularisé à l'étranger n'engendrant pas de droits de mutation à titre gratuit en France en vertu de l'article 750 *ter* du Code général des impôts ou de la convention internationale applicable, il faut déposer ledit document authentique, ou une copie certifiée conforme traduit par un traducteur assermenté.

L'enregistrement sera fait sans aucun paiement de droit (mention de l'exonération à préciser).

Le document est à déposer en deux exemplaires au service compétent du lieu de domicile du donataire. Pour mémoire, si le donataire est en France, l'enregistrement s'effectue au lieu de résidence du donataire. Si le donateur est en France et le donataire est à l'étranger, l'enregistrement s'effectue à la recette des non-résidents.

Si le donateur et le donateur, ainsi que les biens sont à l'étranger, l'une des parties peut demander à faire enregistrer le document. Il est alors pris comme acte innommé, avec application du droit de 125 €.

Il est conseillé au praticien de privilégier l'établissement d'un acte innommé, plutôt que de procéder à un simple dépôt du formulaire 2735 au service de l'enregistrement (qui reste bien évidemment tout de même valable pour les donations de liquidités, de valeurs financières, etc.).

2) En cas de donation consentie à l'étranger engendrant l'exigibilité de droits de mutation à titre gratuit en France, il est fréquent que l'acte régularisé à l'étranger ne comporte pas de liquidation des droits dus en France (ni de rappel des donations de moins de quinze ans).

Dans cette hypothèse, en pratique, est déposée à l'enregistrement une copie authentique (ou certifiée conforme s'il ne s'agit pas d'un acte authentique) de l'acte de donation régularisé à l'étranger (et de sa traduction par un traducteur assermenté le cas échéant) accompagnée d'un courrier comprenant la liquidation des droits de mutation à titre gratuit compte tenu des donations antérieures de moins de quinze ans et de l'éventuelle imputation des droits payés à l'étranger.

Quelles sont les préconisations des services fiscaux dans ce type de cas de figure ?

Nous avons eu écho de difficultés notamment auprès de la Direction des impôts des non-résidents. Comment procéder ?

S'il s'agit d'un simple mouvement de fonds sans acte de donation à l'étranger, comment procéder à la déclaration en France ? Peut-on utiliser l'imprimé « Don manuel » (Cerfa n° 2735) et y liquider les droits de mutation à titre gratuit dus en France ?

En cas de donation consentie à l'étranger engendrant l'exigibilité des droits de mutation à titre gratuit, l'enregistrement doit se faire en déposant une copie authentique, ou certifiée conforme, traduite par un traducteur assermenté, accompagnée d'un courrier annexe indiquant la liquidation des droits dus en France.

3) Si une donation consentie à l'étranger (don manuel ou acte signé à l'étranger, y compris acte authentique étranger) n'a pas été déclarée en France alors qu'elle générait des droits de donation en France, comment procéder lors du décès du donateur ?

Compte tenu du fait que cette donation n'a pas acquis date certaine à l'égard du fisc français, peut-on considérer qu'elle est révélée au décès du donateur (absence de pénalité et d'intérêts de retard) ?

L'article 784 du Code général des impôts pose l'obligation suivante : les parties sont tenues de faire connaître, dans tout acte constatant une transmission entre vifs à titre gratuit et dans toute déclaration de succession, s'il existe ou non des donations antérieures consenties à un titre et sous une forme quelconque par le donateur ou le défunt aux donataires, héritiers, ou légataires. La perception est effectuée en ajoutant à la valeur des biens compris dans la donation ou la déclaration de succession celle des biens qui ont fait l'objet de donations antérieures à l'exception de celles passées depuis plus de quinze ans, et, lorsqu'il y a lieu à application d'un tarif progressif en considérant ceux de ces biens dont la transmission n'a pas encore été assujettie aux droits de mutation à titre gratuit comme inclus dans les tranches les plus élevées de l'actif imposable.

À cet égard, le *BOFiP* (679) rappelle les conditions pour qu'une donation soit dispensée du rapport fiscal. Il s'agit de **conditions cumulatives** :

- la donation antérieure **doit avoir été soumise à l'enregistrement :** le *BOFiP* précise que le non-rappel des donations n'est susceptible de s'appliquer qu'aux seules donations opposables à l'administration conformément aux dispositions de l'article 1377 du Code civil ; par hypothèse, ces donations sont celles qui ont été présentées à la formalité de l'enregistrement et soumises aux droits de donation ;
- la donation antérieure doit avoir été passée depuis plus de quinze ans.

Ainsi, dans l'hypothèse où une donation passée à l'étranger quelle qu'en soit la forme, relevant des droits de mutation en France en application des règles posées à l'article 750 *ter* du Code général des impôts n'a pas été soumise à ces droits de mutation en France avant le décès, elle doit être portée dans la déclaration de succession pour y être soumise à ces droits de mutation en étant ajoutée aux biens successoraux.

La donation ainsi portée à la connaissance de l'administration pourrait être soumise à des pénalités et intérêts de retard dans les seuls cas où se révélerait un manquement à une obligation déclarative en France (par ex. : CGI, art. 635-2-7 *bis* : « Les actes portant cession de participations dans des personnes morales à prépondérance immobilière au sens du troisième alinéa du 2° du I de l'article 726, y compris lorsque ces cessions sont réalisées à l'étranger et quelle que soit la nationalité des parties »). Au contraire, il ne paraît pas qu'un acte établi par un notaire étranger portant donation hors des cas prévus par la loi, notamment le cas précédemment énoncé, puisse être soumis à l'obligation d'enregistrement à laquelle sont soumis les notaires français du fait du 1-1° de l'article 635 du Code général des impôts.

4) Au sens de l'article 750 *ter* 2° du Code général des impôts, les comptes bancaires français sont-ils analysés comme des « créances françaises » taxables en France lorsque le donateur/défunt et le donataire/héritier sont domiciliés hors de France ?

Le 2° de l'article 750 *ter* du Code général des impôts qui définit l'assiette de l'impôt successoral lorsque le défunt est domicilié hors de France précise que : « 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 statuaire ou le siège de sa direction effective, et ce quelle que soit la composition de son actif ».

(679) BOI-ENR-DMTG-10-50-50-20170213, § 160 et s.

Les avoirs financiers dans un établissement financier sont des biens appartenant au titulaire du compte et détenus par un tiers qui devra les lui restituer (ou à ses héritiers, légataires ou bénéficiaires) suivant les modalités du contrat. Il s'agit donc bien d'une créance détenue sur l'établissement financier.

Il en résulte que tout avoir détenu dans un établissement financier qui est situé en France (y compris une succursale française d'un établissement étranger – y compris des valeurs mobilières ou devises, etc., étrangères détenues dans un établissement situé en France), est constitutif d'une créance vis-à-vis d'un débiteur établi en France et doit être considéré comme un bien français imposable en France en application du 2° de l'article 750 *ter* du Code général des impôts.

Il faut noter également qu'en application du 2° de l'article 750 *ter* sont imposables des valeurs mobilières dès lors qu'elles sont françaises au sens de cet article (« 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 ») quand bien même ces valeurs mobilières françaises seraient détenues sur un compte situé à l'étranger.

5) En matière de succession prescrite, les banques exigent un certificat de paiement des droits pour débloquer les fonds. Ce formalisme nécessite que le praticien sollicite des services de l'administration fiscale le certificat d'acquittement des droits ou de déclaration des actifs. L'administration fiscale délivre-t-elle ces documents sans exiger le paiement des droits, compte tenu de la prescription ?

En matière de succession prescrite, l'administration délivrera un certificat sans exiger le paiement des droits.

Il convient de considérer que l'expiration du délai de prescription concernant les droits de mutation par décès emporte nécessairement la non-exigibilité des droits.

Cette position est conforme à la doctrine fiscale qui indique que « la prescription a pour effet d'éteindre l'obligation du contribuable par le seul écoulement du délai et équivaut, lorsqu'elle est acquise, au paiement de l'impôt » (680).

Cette analyse est également conforme aux dispositions du Code civil selon lesquelles les obligations s'éteignent notamment par la prescription (681).

Il conviendra d'établir une déclaration de succession en bonne et due forme. Il y sera précisé l'acquisition de la prescription extinction. L'administration délivrera alors le certificat sans paiement de droits. Il est donc possible de conclure que, contrairement à une idée reçue, les successions internationales sont bien prescriptibles.

(680) Doc. adm. DGI, 13 L 1211, n°1 reprise au BOI-CF-PGR-10-10-20120912.
(681) C. civ., art. 1234.

TITRE III

Tableau synoptique récapitulatif de la matière successorale

3540 La tableau ci-après permettra au praticien d'appréhender les éléments de rattachement des différents États en matière successorale. Il précise également si les États sont parties aux conventions de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires, et celle de Washington du 26 octobre 1973 portant loi uniforme sur la forme d'un testament international. Cela permettra notamment également de donner le conseil adéquat en matière d'établissement d'un testament dans un contexte international.

Ce tableau dispose également des conventions fiscales signées avec la France en matière de succession et de donation.

Enfin, il rappelle les États ayant mis en place un système de fichier des testaments.

3541 **Succession – Tableau synoptique**

Système Unitaire - Nationalité : U-N

Système Unitaire - Dernière Résidence : U-DR

Système Unitaire - *Lex rei sitae* : U-S

Système Unitaire - Résidence Habituelle : U-RH

Système Unitaire - Résidence 5 ans sinon Nationalité (sur requête) : U-R5N

Système Unitaire - Loi du For : U-LF

Système Scissionniste - Dernier Domicile pour les meubles (« Domicile » sens *common Law*) et *Lex rei sitae* pour les immeubles : S-DDM-SI

Système Scissionniste - Dernière Résidence pour les meubles (« Residence » sens *continental Law*) et *Lex rei sitae* pour les immeubles : S-DRM-SI

Système Scissionniste - Nationalité pour les meubles et *Lex rei sitae* pour les immeubles : S-NM-SI

Système Multicritères - Nationalité ou Domicile ou *Lex rei sitae* : M

* : aucune règle précise statutaire ou de jurisprudence uniforme

Convention : C

Avenant : A

Accord Particulier : AP

	DIP avant 650/2012	DIP après 650/2012	Convention de la Haye du 5/10/1961	Convention de Washington du 26/10/1973	Convention fiscale avec la France Succession	Convention fiscale avec la France Donation	Fichier Testament
Afghanistan	U-N	U-N					
Afrique du Sud	S-DDM-SI	S-DDM-SI	X				
Albanie	U-N (sauf immeuble en Albanie)	U-N (sauf immeuble en Albanie)	X				
Algérie	U-N	U-N (C 27/08/1964)			C 17/05/1982 C 17/10/1999		
Allemagne	U-N (option possible loi Allemande pour les immeubles en Allemagne)	U-RH	X		C 12/10/2006	C 12/01/2006	C Bâle 16/05/1972 (juste signée) ARERT
Andorre	U-N	U-N					
Angola	U-N	U-N					
Antigua-et-Barbuda	Recherche infructueuse	Recherche infructueuse	X				
Arabie saoudite	U-N	U-N			C 18/02/1982 A 02/10/1991 A 18/02/2011		
Argentine	S-DRM-SI (jurisprudence : résidence aussi pour les immeubles)	S-DRM-SI (jurisprudence : résidence aussi pour les immeubles)					

	DIP avant 650/2012	DIP après 650/2012	Convention de la Haye du 5/10/1961	Convention de Washington du 26/10/1973	Convention fiscale avec la France Succession	Convention fiscale avec la France Donation	Fichier Testament
Arménie	S-DRM-SI (*professio juris :* loi nationale)	S-DRM-SI (*professio juris :* loi nationale)	X				
Australie	S-DDM-SI	S-DDM-SI	X	X			
Autriche	U-N	U-RH	X		C 26/03/1993	C 26/03/1993	ARERT
Azerbaïdjan	S-DRM-SI	S-DRM-SI					
Bahamas	S-DDM-SI	S-DDM-SI					
Bahreïn	U-N	U-N			C 10/05/1993 A 07/05/2009		
Bangladesh	S-DDM-SI	S-DDM-SI					
Barbade	S-DDM-SI	S-DDM-SI					
Belgique	S-DRM-SI (*professio juris* : loi nationale et loi résidence)	U-RH	X	X	C 20/01/1959		C Bâle 16/05/1972 ARERT
Belize	S-DDM-SI*	S-DDM-SI*					
Bénin	U-N (sauf lien plus étroit E du domicile, et *professio juris :* nationalité ou résidence habituelle)	U-N (sauf lien plus étroit E du domicile, et *professio juris :* nationalité ou résidence habituelle)			C 27/02/1975		
Bhoutan	Inconnu	Inconnu					

	DIP avant 650/2012	DIP après 650/2012	Convention de la Haye du 5/10/1961	Convention de Washington du 26/10/1973	Convention fiscale avec la France Succession	Convention fiscale avec la France Donation	Fichier Testament
Biélorussie (Belarus)	S-DRM-SI (*professio juris :* loi nationale)	S-DRM-SI (*professio juris :* loi nationale)					
Birmanie / Nyanmar	S-DDM-SI	S-DDM-SI					
Bolivie	S-DRM-SI*	S-DRM-SI*					
Bosnie Herzégovine	U-N	U-N	X	X			
Botswana	S-DDM-SI	S-DDM-SI	X				
Brésil	U-DR (sauf pour héritiers brésiliens : Immeuble brésilien si loi brésilienne plus favorable)	U-DR (sauf pour héritiers brésiliens : Immeuble brésilien si loi brésilienne plus favorable)					
Brunei	U-N	U-N	X				
Bulgarie	S-DRM-SI (*professio juris :* loi nationale)	U-RH					ARERT
Burkina Faso	U-N (sauf lien plus étroit E du domicile, et *professio juris :* loi nationale ou domicile)	U-N (sauf lien plus étroit E du domicile, et *professio juris :* loi nationale ou domicile)			C 11/08/1965 A 03/06/1971		
Burundi	U-N	U-N					

	DIP avant 650/2012	DIP après 650/2012	Convention de la Haye du 5/10/1961	Convention de Washington du 26/10/1973	Convention fiscale avec la France Succession	Convention fiscale avec la France Donation	Fichier Testament
Cambodge	S-DRM-SI*	S-DRM-SI*					
Cameroun	U-LF (partie française) S-DDM-SI (partie britannique)	U-LF (partie française) S-DDM-SI (partie britannique)			C 21/10/1976 A 31/03/1994 A 28/10/1999		
Canada	S-DDM-SI (*professio juris :* loi nationale, loi domicile au Québec, loi de situation immeuble)	S-DDM-SI (*professio juris :* loi nationale, loi domicile au Québec, loi de situation immeuble)		X V. *supra*, n° 3548	C 02/05/1975 A 16/01/1987 A 30/11/1995 A 02/02/2010		
Canada (Québec)	S-DRM-SI (*professio juris :* loi nationale)	S-DRM-SI (*professio juris :* loi nationale)		X V. *supra*, n° 3548			
Cap-Vert	U-N	U-N					
Chili	U-DR (sauf pour héritiers chiliens : loi chilienne, ou droit de prélèvement si pas de conjoint survivant)	U-DR (sauf pour héritiers chiliens : loi chilienne, ou droit de prélèvement si pas de conjoint survivant)					
Chine	S-DRM-SI	S-DRM-SI	X	X			
Chypre	S-DDM-SI	U-RH		X			C Bâle 16/05/1972

	DIP avant 650/2012	DIP après 650/2012	Convention de la Haye du 5/10/1961	Convention de Washington du 26/10/1973	Convention fiscale avec la France Succession	Convention fiscale avec la France Donation	Fichier Testament
Colombie	U-DR (sauf pour héritiers colombiens : loi colombienne, ou droit de prélèvement si pas de conjoint survivant)	U-DR (sauf pour héritiers colombiens : loi colombienne, ou droit de prélèvement si pas de conjoint survivant)					
Comores	U-N*	U-N*					
Comores (Mayotte)	S-DDM-SI*	S-DDM-SI*					
Corée du Nord	Inconnu	Inconnu					
Corée du Sud	U-N (*professio juris* ?)	U-N (*professio juris* ?)					
Costa Rica	U-N pour les nationaux. Pour étrangers : immeuble au CR : loi CR. Pour les meubles : loi résidence ou loi nationale.	U-N pour les nationaux. Pour étrangers : immeuble au CR : loi CR. Pour les meubles : loi résidence ou loi nationale.					
Côte d'Ivoire	S-DRM-SI (devant la Cour Suprême : loi nationale)	S-DRM-SI (devant la Cour Suprême : loi nationale)			C 06/04/1966 A 25/02/1985 A 19/10/1996		
Croatie	U-N	U-RH	X	X			ARERT
Cuba	U-N	U-N					

	DIP avant 650/2012	DIP après 650/2012	Convention de la Haye du 5/10/1961	Convention de Washington du 26/10/1973	Convention fiscale avec la France Succession	Convention fiscale avec la France Donation	Fichier Testament
Danemark	U-DR ou U-R5N si convention nordique 19/11/1934 applicable.	U-DR ou U-R5N si convention nordique 19/11/1934 applicable.	X				C Bâle 16/05/1972 (juste signée)
Djibouti	U-N*	U-N*					
Dominique	S-DDM-SI*	S-DDM-SI*					
Égypte	S-NM-SI*	S-NM-SI*					
Émirats arabes unis	U-N	U-N			C 19/07/1989 A 06/12/1993		
Équateur	U-DR (sauf pour héritiers équatoriens : loi équatorienne, ou droit de prélèvement si pas de conjoint survivant)	U-DR (sauf pour héritiers équatoriens : loi équatorienne, ou droit de prélèvement si pas de conjoint survivant)		X			
Érythrée	U-DR*	U-DR*					
Espagne	U-N	U-RH	X		C 08/01/1963		C Bâle 16/05/1972
Estonie	U-DR (*professio juris :* loi nationalité pour les meubles)	U-RH	X				C Bâle 16/05/1972 ARERT (partenaire)

	DIP avant 650/2012	DIP après 650/2012	Convention de la Haye du 5/10/1961	Convention de Washington du 26/10/1973	Convention fiscale avec la France Succession	Convention fiscale avec la France Donation	Fichier Testament
États-Unis	S-DDM-SI (sauf Mississippi : U-S)	S-DDM-SI (sauf Mississippi : U-S)		X V. *supra*, n° 3548	C 24/11/1978 A 08/12/2004	C 24/11/1978 A 08/12/2004	
Éthiopie	U-DR*	U-DR*					
Fidji	S-DDM-SI*	S-DDM-SI*	X				
Finlande	U-N ou U-R5N si convention nordique 19/11/1934 applicable (*professio juris* : résidence ou loi nationale)	U-RH ou U-R5N si convention nordique 19/11/1934 applicable	X		C 25/08/1958		
France	S-DRM-SI	U-RH	X	X			C Bâle 16/05/1972 ARERT
Gabon	S-DRM-SI (Droit de prélèvement)	S-DRM-SI (Droit de prélèvement)			C 21/04/1966 C 20/09/1995		
Gambie	S-DDM-SI	S-DDM-SI					
Géorgie	U-N	U-N					
Ghana	S-DDM-SI	S-DDM-SI					
Grèce	U-N	U-RH	X				ARERT
Grenade	Recherche infructueuse	Recherche infructueuse	X				

	DIP avant 650/2012	DIP après 650/2012	Convention de la Haye du 5/10/1961	Convention de Washington du 26/10/1973	Convention fiscale avec la France Succession	Convention fiscale avec la France Donation	Fichier Testament
Guatemala	U-S (Guatemala)	U-S (Guatemala)					
Guinée	S-DRM-SI*	S-DRM-SI*			C 15/02/1999		
Guinée équatoriale	U-N*	U-N*					
Guinée-Bissau	U-N*	U-N*					
Guyane	S-DDM-SI	S-DDM-SI					
Haïti	S-DRM-SI*	S-DRM-SI*					
Honduras	U-DR (sauf pour héritiers honduriens : loi hondurienne, ou droit de prélèvement si pas de conjoint survivant)	U-DR (sauf pour héritiers honduriens : loi hondurienne, ou droit de prélèvement si pas de conjoint survivant)					
Hongrie	U-N	U-RH					ARERT
Hong-Kong	S-DDM-SI	S-DDM-SI					
Îles Caïmans	S-DDM-SI	S-DDM-SI					
Île Maurice	S-DRM-SI*	S-DRM-SI*	X				
Inde	S-DDM-SI (exceptions : Goa, Daman, Diu : U-N)	S-DDM-SI (exceptions : Goa, Daman, Diu : U-N)					

	DIP avant 650/2012	DIP après 650/2012	Convention de la Haye du 5/10/1961	Convention de Washington du 26/10/1973	Convention fiscale avec la France Succession	Convention fiscale avec la France Donation	Fichier Testament
Indonésie	U-N (sauf immeubles en Indonésie : loi indonésienne)	U-N (sauf immeubles en Indonésie : loi indonésienne)					
Irak	U-N	U-N					
Iran	U-N	U-N		X			
Irlande	S-DDM-SI	S-DDM-SI	X				
Islande	U-DR ou U-R5N si convention nordique 19/11/1934 applicable	U-DR ou U-R5N si convention nordique 19/11/1934 applicable					
Israël	U-DR (sauf immeubles en Israël)	U-DR (sauf immeubles en Israël)	X				
Italie	U-N (+ *professio juris :* loi résidence)	U-RH	X (juste signée)	X	C 20/12/1990	C 20/12/1990	C Bâle 16/05/1972 ARERT
Jamaïque	S-DDM-SI	S-DDM-SI					
Japon	U-N	U-N	X				
Jordanie	U-N	U-N					
Kazakhstan	S-DRM-SI (*professio juris :* loi nationale)	S-DRM-SI (*professio juris :* loi nationale)					
Kenya	S-DDM-SI	S-DDM-SI					

	DIP avant 650/2012	DIP après 650/2012	Convention de la Haye du 5/10/1961	Convention de Washington du 26/10/1973	Convention fiscale avec la France Succession	Convention fiscale avec la France Donation	Fichier Testament
Kirghizistan	S-DRM-SI (*professio juris :* loi nationale)	S-DRM-SI (*professio juris :* loi nationale)					
Kiribati	Recherche infructueuse	Recherche infructueuse					
Kosovo	M (réciprocité -SI)	M (réciprocité -SI)					
Koweït	U-N	U-N			C 07/02/1982 A 27/09/1889 A 27/01/1994		
Laos	U-N	U-N		X			
Lesotho	S-DDM-SI	S-DDM-SI	X				
Lettonie	U-N	U-RH					ARERT
Liban	U-N	U-N			C 24/07/1962		
Libéria	S-DDM-SI	S-DDM-SI					
Libye	U-N	U-N		X			
Liechtenstein	U-N (*professio juris :* loi nationale ou loi de résidence)	U-N (*professio juris :* loi nationale ou loi de résidence)					
Lituanie	U-N	U-RH					C Bâle 16/05/1972
Luxembourg	S-DRM-SI	U-RH	X				C Bâle 16/05/1972 ARERT

	DIP avant 650/2012	DIP après 650/2012	Convention de la Haye du 5/10/1961	Convention de Washington du 26/10/1973	Convention fiscale avec la France Succession	Convention fiscale avec la France Donation	Fichier Testament
Macao (Chine)	U-DR	U-DR					
Macédoine	U-N	U-N					
Madagascar	S-DRM-SI	S-DRM-SI					
Malaisie	S-DDM-SI	S-DDM-SI					
Malawi	S-DDM-SI	S-DDM-SI					
Maldives	S-DDM-SI*	S-DDM-SI*					
Mali	U-N*	U-N*			C 22/09/1972		
Malte	S-DDM-SI	U-RH					ARERT
Maroc	U-N	U-N			C 29/05/1970 A 18/08/1989		
Marshall	Recherche infructueuse	Recherche infructueuse					
Mauritanie	U-N	U-N			C 15/11/1967		
Mexique	U-S (exceptions : Quintant Roo : U-DR Puebla, San Luis Potosi : S-DRM-SI)	U-S (exceptions : Quintant Roo : U-DR Puebla, San Luis Potosi : S-DRM-SI)					
Micronésie	Recherche infructueuse	Recherche infructueuse					
Moldavie	S-DRM-SI	S-DRM-SI	X				

	DIP avant 650/2012	DIP après 650/2012	Convention de la Haye du 5/10/1961	Convention de Washington du 26/10/1973	Convention fiscale avec la France Succession	Convention fiscale avec la France Donation	Fichier Testament
Monaco	S-NM-SI	U-RH (*professio juris*)			C 01/04/1950		
Mongolie	S-DRM-SI*	S-DRM-SI*					
Monténégro	U-N	U-N	X				
Mozambique	U-N	U-N					
Myanmar / Birmanie	S-DDM-SI	S-DDM-SI					
Namibie	S-DDM-SI	S-DDM-SI					
Nauru	S-DDM-SI*	S-DDM-SI*					
Népal	U-LF*	U-LF*					
Nicaragua	U-DR (droit de prélèvement pour Nicaraguayens)	U-DR (droit de prélèvement pour Nicaraguayens)					
Niger	U-N	U-N		X	C 01/06/1965 A 16/02/1973		
Nigeria	S-DDM-SI	S-DDM-SI					
Norvège	U-DR ou U-R5N si convention nordique 19/11/1934 applicable	U-DR ou U-R5N si convention nordique 19/11/1934 applicable	X				
Nouvelle-Calédonie	S-DRM-SI	S-DRM-SI			C 31/03 et 05/05/1983	C 31/03 et 05/05/1983	
Nouvelle-Zélande	S-DDM-SI	S-DDM-SI					

	DIP avant 650/2012	DIP après 650/2012	Convention de la Haye du 5/10/1961	Convention de Washington du 26/10/1973	Convention fiscale avec la France Succession	Convention fiscale avec la France Donation	Fichier Testament
Oman	U-N*	U-N*			C 01/06/1989 A 01/10/1996		
Ouganda	S-DDM-SI	S-DDM-SI					
Ouzbékistan	S-DRM-SI	S-DRM-SI					
Pakistan	S-DDM-SI	S-DDM-SI					
Palaos	Recherche infructueuse	Recherche infructueuse					
Palestine	Recherche infructueuse	Recherche infructueuse					
Panama	U-S	U-S					
Papouasie-Nouvelle-Guinée	S-DDM-SI	S-DDM-SI					
Paraguay	U-DR (sauf immeubles au Paraguay : loi paraguayenne)	U-DR (sauf immeubles au Paraguay : loi paraguayenne)					
Pays-Bas	U-R5N (Av. 01/01/96 CH 01/08/1989 : *professio juris :* (résidence ou loi nationale)	U-RH	X				C Bâle 16/05/1972 ARERT
Pérou	U-DR	U-DR					
Philippines	U-N	U-N					

	DIP avant 650/2012	DIP après 650/2012	Convention de la Haye du 5/10/1961	Convention de Washington du 26/10/1973	Convention fiscale avec la France Succession	Convention fiscale avec la France Donation	Fichier Testament
Pologne	U-N (*professio juris :* loi nationale ou loi du domicile ou loi de résidence)	U-RH	X				ARERT
Portugal	U-N	U-RH	X (juste signée)	X	AP 02/03/1995		C Bâle 16/05/1972 ARERT
Puerto Rico	S-DDM-SI	S-DDM-SI					
Qatar	U-N	U-N			C 04/12/1990 A 14/01/2008		
République centre africaine	S-DRM-SI	S-DRM-SI			C 13/12/1969		
République démocratique du Congo	S-DRM-SI	S-DRM-SI			C 27/11/1987		
République dominicaine	S-NM-SI (*professio juris*)	S-NM-SI (*professio juris*)					
République tchèque	U-N	U-RH		X			
Roumanie	U-N (*professio juris*)	U-RH					ARERT
Royaume-Uni	S-DDM-SI	S-DDM-SI	X	X	C 21/06/1963		C Bâle 16/05/1972 (juste signée)

	DIP avant 650/2012	DIP après 650/2012	Convention de la Haye du 5/10/1961	Convention de Washington du 26/10/1973	Convention fiscale avec la France Succession	Convention fiscale avec la France Donation	Fichier Testament
Russie	S-DRM-SI	S-DRM-SI		X			ARERT (Saint-Pétersbourg)
Rwanda	U-N	U-N					
Saint Kitts et Nevis	Recherche infructueuse	Recherche infructueuse					
Saint-Marin	S-NM-SI	S-NM-SI					
Saint-Pierre-et-Miquelon	S-DRM-SI	S-DRM-SI			C 30/05/1988	C 30/05/1988	
Saint-Siège / Vatican	U-N	U-N		X			
Vincent-et-Les-Grenadines	Recherche infructueuse	Recherche infructueuse					
Sainte-Lucie	S-DDM-SI	S-DDM-SI					
Salomon	S-DDM-SI*	S-DDM-SI*					
Salvador	U-DR (+ droit de prélèvement pour les nationaux)	U-DR (+ droit de prélèvement pour les nationaux)					
Samoa	S-DDM-SI*	S-DDM-SI*					
Sao Tomé-et-Principe	Recherche infructueuse	Recherche infructueuse					
Sénégal	U-N	U-N			C 29/03/1974 A 16/07/1984 A 10/01/1991		
Serbie	U-N	U-N	X				

	DIP avant 650/2012	DIP après 650/2012	Convention de la Haye du 5/10/1961	Convention de Washington du 26/10/1973	Convention fiscale avec la France Succession	Convention fiscale avec la France Donation	Fichier Testament
Seychelles	S-DDM-SI	S-DDM-SI					
Sierra Léone	S-DDM-SI	S-DDM-SI		X			
Singapour	S-DDM-SI	S-DDM-SI					
Slovaquie	U-N	U-RH		X			ARERT
Slovénie	U-N	U-RH	X	X			ARERT
Somalie	U-N	U-N					
Soudan	U-N	U-N					
Sri Lanka	S-DDM-SI	S-DDM-SI					
Suède	U-N ou U-R5N si convention nordique 19/11/1934 applicable	U-RH ou U-R5N si convention nordique 19/11/1934 applicable	X		C 08/06/1994	C 08/06/1994	
Suisse	U-DR (exception art. 86, al. 2 + *professio juris*)	U-DR (exception art. 86 al. 2 + *professio juris*)	X		C 30/10/1979 (dénoncée 01/01/2015)		ARERT
Suriname	U-N	U-N					
Swaziland	Recherche infructueuse	Recherche infructueuse	X				
Syrie	U-N	U-N					
Tadjikistan	S-DRM-SI	S-DRM-SI					
Taïwan	U-N	U-N					

	DIP avant 650/2012	DIP après 650/2012	Convention de la Haye du 5/10/1961	Convention de Washington du 26/10/1973	Convention fiscale avec la France Succession	Convention fiscale avec la France Donation	Fichier Testament
Tanzanie	S-DDM-SI	S-DDM-SI					
Tchad	U-N	U-N					
Thaïlande	S-DRM-SI	S-DRM-SI					
Timor oriental	Recherche infructueuse	Recherche infructueuse					
Togo	U-N*	U-N*			C 24/11/1971		
Tonga	S-DDM-SI*	S-DDM-SI*	X				
Trinité-et-Tobago	S-DDM-SI	S-DDM-SI					
Tunisie	M	M			C 28/05/1973		
Turkménistan	S-DDM-SI	S-DDM-SI					
Turquie	U-N (sauf immeuble en Turquie : loi turque)	U-N (sauf immeuble en Turquie : loi turque)	X				C Bâle 16/05/1972
Tuvalu	Recherche infructueuse	Recherche infructueuse					
Ukraine	S-DRM-SI (*professio juris* : loi nationale)	S-DRM-SI (*professio juris* : loi nationale)	X				C Bâle 16/05/1972
Uruguay	U-S*	U-S*					
Vanuatu	U-N*	U-N*					
Vatican / Saint-Siège	U-N	U-N		X			

	DIP avant 650/2012	DIP après 650/2012	Convention de la Haye du 5/10/1961	Convention de Washington du 26/10/1973	Convention fiscale avec la France Succession	Convention fiscale avec la France Donation	Fichier Testament
Venezuela	U-DR (droit de prélèvement pour les Vénézuéliens)	U-DR (droit de prélèvement pour les Vénézuéliens)					
Vietnam	S-DRM-SI*	S-DRM-SI*					
Yémen	U-N	U-N					
Yougoslavie (ex)	U-N	U-N	X				
Zambie	S-DDM-SI	S-DDM-SI					
Zaïre	U-N	U-N					
Zimbabwe	S-DDM-SI	S-DDM-SI					

CINQUIÈME PARTIE

Anticiper

3542 Le notaire français est, depuis plusieurs décennies, un conseiller et un acteur majeur sur la scène internationale, tant la vie des familles a évolué vers une mobilité croissante.

Avec une multitude de textes propres à identifier les règles de conflit de lois applicables, avec des exceptions d'ordre public variant d'un pays à l'autre et des institutions juridiques non transposables d'un État à l'autre, il est devenu le sachant que les familles se doivent de consulter afin d'anticiper les effets juridiques de leur mobilité ou de « l'internationalisation » de leur patrimoine.

Dès lors qu'il constate la présence d'un élément d'extranéité (une nationalité étrangère, une résidence habituelle à l'étranger, des biens situés à l'étranger...), il est indispensable de connaître la loi applicable à la situation donnée, en qualifiant l'opération (de quoi s'agit-il ? Détermination d'un régime matrimonial, donation, succession ?...) et de rattacher l'opération à la règle ou aux règles de conflit applicables. Ainsi, pour déterminer un régime matrimonial avant le 1er septembre 1992, il conviendra de se reporter à la règle jurisprudentielle de l'autonomie de la volonté caractérisée bien souvent par le premier domicile après le mariage. Pour la période allant du 1er septembre 1992 au 29 janvier 2019, il conviendra de se reporter à la Convention de La Haye du 14 mars 1978 puis, à compter du 29 janvier 2019, au règlement européen du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux.

Dans des situations purement internes relevant du droit français, le notaire se doit aussi d'exposer à ses clients ce qu'il adviendrait de leur patrimoine sur le plan matrimonial ou successoral en cas d'expatriation.

Tenu par la hiérarchie des normes, le notaire se doit de qualifier et de déterminer avec exactitude les lois, règlements ou conventions applicables et de conseiller au mieux ses clients de façon pragmatique.

TITRE I

Les institutions juridiques : import et export

Lorsqu'il travaille à l'international, le notaire doit acquérir de nouveaux réflexes : se méfier des mots, les mêmes mots pouvant faire référence à des notions différentes (l'exemple du conjoint survivant) ; s'assurer de l'efficacité juridique à l'étranger des solutions proposées, accueillir pleinement ou non les dispositions prises à l'étranger. 3543

CHAPITRE I Le conjoint survivant à l'international : une notion à géométrie variable

Pour un notaire français, la notion de « conjoint survivant » fait appel immédiatement à la notion de conjoint qui était marié au moment du décès, alors que des droits successoraux peuvent être accordés dans certaines législations à des concubins, à des partenaires ou encore à plusieurs épouses dans le cas de la polygamie. À l'international, le notaire se doit d'étendre la définition du conjoint survivant. Le doyen Carbonnier disait : « Nous ne comptons pas par mariages mais par couples ou par ménages » (682). 3544

Ainsi, en présence d'un couple de Péruviens vivant en union libre au Pérou, propriétaire d'un bien immobilier en France, le notaire français devra prendre en considération le fait qu'au décès de l'un d'eux, le concubin survivant pourra faire valoir des droits dans la succession du pré-décédé conformément à la loi péruvienne si celle-ci s'applique à la succession.

Si ces droits successoraux en faveur du concubin survivant ne semblent pas poser de difficulté au regard du droit civil et ne pas contrarier l'ordre public international en France, il en sera autrement sur le plan fiscal. En l'absence de convention entre les deux pays, le bien immobilier situé en France, s'il revient en totalité ou en partie au concubin survivant, fera l'objet d'une taxation à 60 %, d'où la nécessité de conseils de la part du notaire français.

Le conjoint survivant pourra également être conjugué au pluriel dans le cas de la polygamie. En France, certains effets de la polygamie peuvent être reconnus : ainsi la Cour de cassation juge régulièrement que la seconde épouse d'un homme peut venir à la succession de son mari, sans que l'exception d'ordre public puisse lui être opposée (683).

En la matière, la jurisprudence française repose sur une distinction régulièrement réaffirmée : l'ordre public s'oppose à la célébration en France d'un mariage polygamique même si la loi personnelle des intéressés l'autorise, mais il ne fait pas obstacle à la reconnaissance en France d'un mariage polygamique valablement célébré à l'étranger conformément à la loi personnelle des époux. L'ordre public est dans ce cas atténué.

(682) *Flexible droit*, LGDJ, déc. 2013.
(683) V. par ex. : Cass. 1re civ., 3 janv. 1980, *Bendeddouche* c/ *Boumaza* : *JDI* 1980, 327, note S. Depitre.

Le conjoint survivant pourra également être un partenaire survivant. En effet, certains partenariats confèrent des droits successoraux similaires à ceux d'un conjoint marié, comme aux Pays-Bas par exemple.

La vocation successorale *ab intestat* pourra être accordée à un conjoint survivant séparé de corps, comme en Suisse ou en France, alors que cette séparation de corps pourrait anéantir toute vocation successorale *ab intestat* du conjoint dans d'autres pays comme en Belgique.

De façon inédite, le 3 juin 2017, le « mariage » entre trois hommes en Colombie, par la signature devant notaire d'une *Trieja*, néologisme créé pour l'occasion à partir du mot espagnol *pareja*, qui signifie couple, a défrayé la chronique (684).

Cet acte constitutif d'une famille comporte les effets patrimoniaux du mariage et a été assimilé à un mariage. En cas de décès de l'un des trois, les deux autres pourraient hériter et, de manière générale, les trois hommes seront considérés comme mariés (il est rappelé ici que le mariage entre personnes de même sexe a été autorisé en Colombie en 2016).

La question se posera naturellement de la réception de cette *Trieja* dans les autres pays. Nombre d'entre eux lui opposeront sans nul doute l'exception d'ordre public pour ne pas lui donner d'effet sur leur territoire. En France, à supposer que cette *Trieja* n'ait pas fait l'objet de recours entachant sa validité en Colombie, il devrait logiquement être fait application de l'ordre public atténué, ce qui aurait pour conséquence de lui faire produire certains effets en France.

Enfin, dans certains États et malgré le divorce prononcé entre les époux, l'ex-époux survivant « dans le besoin » pourra se voir reconnaître des droits alimentaires sur la succession, comme en Italie par exemple (685).

Ces exemples montrent que la notion de conjoint se décline sous différentes acceptions et que le notaire, plus que jamais, se doit dans un contexte international de se montrer curieux de la vie des personnes, mais aussi attentif aux effets juridiques attachés par d'autres législations à la situation du couple ou des personnes en couple.

CHAPITRE II S'assurer de l'efficacité juridique à l'étranger des solutions proposées

3545 Certaines institutions sont si familières aux notaires et présentent tant d'avantages que l'on aurait tendance à les proposer presque systématiquement. Pourtant, parfois, leur exportation dans certains pays s'avère difficile, inefficace, voire totalement impossible. Il en est ainsi notamment de la donation entre époux dont la règle de conflit oscille entre la loi successorale et la loi des effets du mariage suivant les décisions rendues et la qualification retenue. Dans certains cas, elle peut même tout simplement ne pas être admise par l'État de réception.

(684) *D.* 2017, p. 1608, note X. Labée.

(685) C. civ., art. 585 : en cas de décès du conjoint créancier d'aliments, le tribunal peut attribuer au conjoint survivant dans le besoin une allocation périodique à la charge de l'héritage. Cette allocation est à quantifier en fonction du montant déjà dû, de l'ampleur du besoin, de l'éventuelle pension de réversibilité, des actifs héréditaires, du nombre et de la qualité des héritiers et de leurs conditions économiques.

Section I La donation entre époux

3546 En préambule, il y a lieu de définir la loi applicable à la donation entre époux. S'il s'agit d'une donation de biens présents entre époux, sa validité et sa révocabilité relèveront de la loi régissant les effets personnels du mariage : loi nationale des époux en cas de nationalité commune, à défaut loi du domicile commun.

Quant à la donation entre époux de biens à venir, celle-ci relève de la loi successorale au titre de l'article 25 du règlement (UE) nº 650/2012 du 4 juillet 2012 (686).

La donation entre époux de biens à venir est prohibée dans de nombreux pays, dont certains très proches de la France (Argentine, Bolivie, Brésil, Chili, Colombie, Équateur, Honduras, Italie, Maurice, Paraguay, Uruguay, Venezuela, Slovaquie, République tchèque, Hongrie, Pologne, Roumanie, Liban, Côte d'Ivoire, ex-Yougoslavie, pays musulmans...), de sorte que la protection souhaitée en faveur du conjoint survivant pourra s'avérer inexistante à l'ouverture de la succession si elle est soumise à la loi de l'un de ces États, sauf exception et notamment accueil de l'institution étrangère conformément aux dispositions du règlement « Successions » en ce qui concerne les États de l'Union européenne liés par ledit règlement.

Dans les États ne pouvant réceptionner la donation entre époux, pour assurer la protection du conjoint, il faudra alors recourir à d'autres institutions comme le legs verbal s'il est connu de la législation étrangère, et recueillir l'accord de tous les héritiers, ce qui n'est pas garanti. Parfois il n'y aura aucun substitut à la donation entre époux.

3547 Afin d'éviter cette difficulté, il est souvent plus simple de recourir à un testament, outil universellement reconnu.

La ratification par quarante et un États (dont seize de l'Union européenne) de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 (687) aidera à la validation en la forme dudit testament.

En effet, en vertu de l'article premier de la convention, une disposition testamentaire est valable quant à la forme si celle-ci répond à la loi interne :

a) du lieu où le testateur a disposé, ou
b) d'une nationalité possédée par le testateur, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès, ou
c) d'un lieu dans lequel le testateur avait son domicile, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès, ou
d) du lieu dans lequel le testateur avait sa résidence habituelle, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès, ou
e) pour les immeubles, du lieu de leur situation.

L'article 75, § 1, alinéa 2 du règlement « Successions » précise que les États membres qui sont parties à la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 continuent à appliquer les dispositions de cette convention au lieu de l'article 27 pour ce qui est de la validité en la forme du testament et des testaments conjonctifs (688).

3548 Le notaire pourra également recourir au testament international institué par la Convention de Washington du 26 octobre 1973 entrée en vigueur en France depuis le 1er décembre 1994 ainsi qu'en Australie, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Canada (provinces de Québec, Manitoba, Nouveau-Brunswick, Terre-Neuve, Alberta, Ontario, Saskatchewan, Colombie-Britannique et île du Prince Édouard), Chine, Chypre, Croatie, États-Unis (Alaska, Arizona,

(686) V. *supra*, nº 3406.
(687) V. *supra*, nº 3391.
(688) V. *supra*, nº 3391.

Californie, Colorado, Connecticut, Delaware, District of Columbia, Floride, Hawaï, Idaho, Illinois, Maine, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Montana, Nebraska, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, Dakota du Nord, Oregon, Pennsylvanie, Caroline du Sud, Dakota du Sud, Utah, Virginie, Vermont, Wisconsin, et les Îles vierges Américaines), Équateur, Iran, Italie, Laos, Libye, Niger, Portugal, République tchèque, Russie, Royaume-Uni, Saint-Siège (Vatican), Sierra Léone, Slovaquie, Slovénie (689).

C'est pour tenter de résoudre les difficultés de reconnaissance des testaments entre les États que l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) a élaboré cette convention visant à créer une forme de testament commune au droit interne des différents États, et permettant de ne plus passer par le détour de la convention de La Haye pour valider la forme du testament.

Ce testament écrit (pas nécessairement par le testateur) en une langue quelconque, à la main ou par un autre procédé, fait l'objet d'une déclaration du testateur en présence de deux témoins ou d'une personne habilitée indiquant que ce testament est bien le sien et qu'il en connaît le contenu.

Selon la loi du 29 avril 1994, la France a désigné comme personnes habilitées à instrumenter en matière de testament international les notaires sur le territoire de la République française et les agents diplomatiques et consulaires français à l'égard des Français de l'étranger (690).

3549 Par ailleurs, le notaire doit veiller à l'inscription d'un tel testament, encore plus importante dans un contexte international. La Convention de Bâle du 16 mai 1972, relative à l'établissement d'un système d'inscription des testaments, est entrée en vigueur en France le 20 mars 1976. À ce jour, cette convention s'applique aussi à Chypre, en Turquie, en Belgique, en Espagne, en Estonie, en Italie, en Lituanie, au Luxembourg, aux Pays-Bas, au Portugal et en Ukraine (691).

Cette convention impose aux États contractants de créer ou de désigner des organismes chargés d'inscrire les dispositions et de délivrer les réponses aux demandes de renseignements, ainsi que des organismes de liaisons internationales. En France, le Fichier central des dispositions de dernières volontés fonctionne sous la responsabilité du Conseil supérieur du notariat.

3550 Par ailleurs, l'association du réseau européen des registres testamentaires (ARERT), association à but non lucratif de droit belge créée en 2005 par les notariats belge, français et slovène, permet aux États disposant d'un registre des dispositions de dernières volontés et adhérents à l'ARERT, d'interconnecter ces registres et de permettre ainsi aux personnes intéressées et habilitées de découvrir les dispositions testamentaires laissées par un défunt, quelque soit le pays où les dispositions à cause de mort ont été inscrites. À ce jour seize registres se sont interconnectés : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, l'Estonie, la France, la Grèce, la Hongrie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Pologne, la Roumanie, la Slovaquie et Saint-Pétersbourg (692).

De façon générale, il sera toujours de bonne pratique de vérifier la forme exigée par les pays mis à contribution pour le règlement de la succession (ceux dans lesquels des biens sont situés) afin de conseiller au mieux les clients, d'éviter une nullité en la forme de la disposition à cause de mort, et de procéder à l'inscription du testament.

(689) V. *infra*, tableau synoptique, n° 3541.
(690) À moins que la disparition des fonctions notariales des postes consulaires à compter du 1er janvier 2019 n'entraîne avec elle la disparition de cette compétence.
(691) V. *infra*, tableau synoptique, n° 3541.
(692) V. *infra*, tableau synoptique, n° 3541.

Section II La donation-partage

3551 La donation-partage reçoit en droit interne français la faveur des praticiens en raison notamment de la détermination de la valeur des biens attribués au jour de la donation-partage dans les opérations de calcul de la quotité disponible après le décès du donateur. Véritable partage anticipé de la succession (pour partie du patrimoine le plus souvent), il est perçu comme un outil de transmission assurant les paix des familles.

Dans un contexte international il convient, avant de conseiller la donation-partage, de vérifier la loi applicable et son contenu. L'article 25 du règlement « Successions » permet d'affirmer que la donation-partage ou partage d'ascendant relève en droit international privé français de la loi successorale. Si cette loi successorale se trouve morcelée par le jeu du renvoi aux règles de conflit de lois d'un État tiers, les avantages de la donation-partage peuvent s'en trouver affectés.

Ainsi, une donation-partage consentie sur des biens immobiliers situés en France et à New York par un Français résidant habituellement à New York où il décède ne sera pas traitée au vu du seul droit français. En effet, la règle de conflit de lois en matière successorale à New York soumet les biens immobiliers à la loi du lieu de leur situation.

Il conviendra de s'assurer, lors de l'établissement d'un acte de donation-partage, de l'identité de traitement au décès des différentes attributions dès lors que les biens compris dans le partage d'ascendant se trouvent situés dans différents pays (en fonction en particulier de la loi du lieu de situation de l'immeuble).

Depuis l'entrée en vigueur du règlement « Successions », la donation-partage sera accueillie dans les pays liés par le règlement au titre de l'article 3-1, b) régissant les pactes successoraux, ce qui permettra d'en valider les effets.

Section III Le démembrement de propriété à l'export : une fausse bonne idée

3552 L'usufruit ne s'exporte pas toujours bien. Peu connu à l'échelle mondiale, sa mise en œuvre pourrait s'avérer très délicate et compliquée dans les pays ignorant cette institution.

Après avoir déterminé la loi applicable : loi successorale en ce qui concerne un legs d'usufruit, loi du régime matrimonial en ce qui concerne un avantage matrimonial en usufruit (V. toutefois *infra*, n° 3553, l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 1er mars 2018, qui pourrait faire douter du rattachement à la loi du régime matrimonial), le notaire doit s'assurer de la bonne réception de cet usufruit et de sa possible mise en œuvre sur les biens situés à l'étranger concernés par cet usufruit.

Aussi, préconiser un usufruit au profit de son conjoint portant sur des biens situés dans un pays ignorant cette institution posera des difficultés de mise en œuvre à terme. Il conviendra alors de se renseigner sur des institutions équivalentes et bien connues de l'État du lieu de situation des biens afin de conseiller au mieux le client et de faciliter la mise en œuvre de la protection du conjoint le moment venu.

Bien souvent les législations confèrent (dans les successions *ab intestat*) au conjoint survivant une part en pleine propriété et lui accordent une protection au regard du logement de la famille et des meubles et objets s'y trouvant.

De façon générale, les besoins des populations sont les mêmes partout : protection du logement en faveur du conjoint, transmission équilibrée de ses biens entre le conjoint et les enfants ; il serait surprenant qu'aucune institution ne puisse assurer ces besoins.

Au Royaume-Uni, la règle de conflit de lois en matière successorale soumet les immeubles à la loi du lieu de leur situation et les meubles à la loi du domicile. L'usufruit étant méconnu au Royaume-Uni, ce serait inutilement compliquer le traitement de la succession que de conseiller un usufruit sur des biens immobiliers régis par la loi anglaise, y compris dans le cadre d'une succession que le notaire français soumettrait au droit français en raison de la résidence habituelle du défunt en France. Dans ce cas, l'approche du notaire français se doit d'être pragmatique. Il devra travailler de concert avec un juriste anglais compétent en la matière, qui mettra en place un système visant à conférer la jouissance du bien immobilier situé en Angleterre et les revenus de ce bien au conjoint survivant, si telle est la volonté du testateur. Généralement le montage passera par la mise en place d'un *trust* sur ce bien.

Dans de nombreux États de *civil law*, la jouissance du logement de la famille en faveur du conjoint survivant est assurée au moyen d'un droit d'habitation, de sorte qu'il sera possible de lui attribuer ce droit concordant dans les législations française et étrangère et, pour pallier l'absence de revenus qu'il aurait reçus en qualité d'usufruitier, lui allouer un capital lui permettant d'assumer le paiement des charges liées au logement peut s'avérer une solution plus sûre dans sa mise en œuvre.

Section IV Les avantages matrimoniaux

3553 L'avantage matrimonial pourrait être défini comme un profit retiré par l'un des conjoints au moyen d'une clause stipulée dans son contrat de mariage. Différentes formes d'avantages matrimoniaux existent : préciput, clause de prélèvement, stipulation de parts inégales, clause d'attribution intégrale de la communauté. Ces avantages ne sont pas admis par toutes les législations et ne subissent pas le même traitement fiscal. Par ailleurs, certains pays exigent le respect des règles successorales réservataires au titre de l'ordre public et ne feront pas produire d'effet à l'attribution intégrale des biens de communauté au profit du conjoint survivant. En droit international privé français, l'avantage matrimonial relève de la loi du régime matrimonial, alors que l'action en retranchement relève de la loi successorale.

Ainsi que le souligne M^me^ Sara Godechot-Patris : « La possibilité d'inclure une clause de préciput dans le contrat de mariage ou de prévoir un partage inégal relève donc de la compétence de la loi du régime. Toutefois, cette loi doit s'effacer devant la loi successorale toutes les fois que se pose la question de la protection des enfants d'un précédent lit, en d'autres termes dès lors que l'action en retranchement peut trouver à s'appliquer » (693).

Certains États pourront rattacher l'avantage matrimonial à la loi successorale, et ce rattachement pourra parfois aboutir à priver le conjoint survivant de la protection initialement prévue.

Récemment la Cour de justice de l'Union européenne, par un arrêt du 1^er^ mars 2018, a dû qualifier la règle de l'article 1371 du BGB prévoyant l'octroi au profit du conjoint survivant d'une part majorée sur l'héritage en cas de dissolution du régime matrimonial par décès. Elle précise que cette « disposition n'apparaît pas avoir pour finalité principale la répartition des éléments du patrimoine ou la liquidation du régime matrimonial, mais plutôt la déter-

(693) *Sol. Not. hebdo* 13 sept. 2018, n° 28.

mination du quantum de la part de succession à attribuer au conjoint survivant par rapport aux autres héritiers ».

Elle conduit, par cette décision, à rattacher cette disposition de la législation allemande au droit successoral, alors qu'en Allemagne tant la doctrine que la jurisprudence rattachent cette notion aux régimes matrimoniaux.

La règle de rattachement traditionnellement retenue se trouve donc balayée par cette décision, ce qui rend l'anticipation plus difficile à mettre en œuvre. Comme le souligne M^me^ Sara Godechot-Patris : « Forcément une telle solution à rebours des principes traditionnellement enseignés à l'échelle nationale interroge sur nos propres mécanismes : quel pourrait être demain le sort des avantages matrimoniaux ? Peut-on craindre que la Cour de justice n'y voie qu'un mécanisme de droit successoral ? ».

En tout état de cause, le notaire français qui conseillerait un avantage matrimonial à ses clients dans un contexte international se devra de vérifier son efficacité à l'étranger tant sur le plan civil que sur le plan fiscal.

Si l'exportation d'institutions juridiques françaises à l'étranger pose difficulté, il en est de même de l'importation de certaines institutions étrangères. Comment seront appréhendées ces institutions propres à d'autres droits tels le *trust* ou le pacte successoral ? Le notaire se devra également d'être vigilant au regard de l'ordre public et des lois de police dont l'objectif est de faire respecter notre conception de la société, et par conséquent certaines de nos règles juridiques.

CHAPITRE III Comment accueillir les dispositions prises à l'étranger ?

Section I La réception du *trust*

Le *trust* représente le pivot du droit anglo-saxon. C'est sans doute le concept juridique le plus caractéristique du système de *common law*, et c'est en matière d'organisation du patrimoine familial qu'il est né. Les *trusts* les plus nombreux sont les *family trusts* ou les « *trusts* testamentaires ». Le *trust* intéresse trois personnes qui sont, en premier lieu le *settlor*, c'est-à-dire le constituant du *trust*, en second lieu le *trustee*, c'est-à-dire celui à qui seront confiés les biens en vue de les administrer ou de les vendre (le *trustee* détient les prérogatives d'un véritable propriétaire), au profit d'un *cestui que trust*, c'est-à-dire d'un bénéficiaire. Vouloir créer un *trust* sur certains biens, voire sur tous ses biens, c'est d'abord les séparer de son propre patrimoine afin qu'ils forment une masse distincte sans pour autant qu'au terme du *trust*, ces biens ou ce qui en serait la représentation ne deviennent la propriété du *trustee*. Le *trustee* gère et dispose des actifs ; ses attributions sont définies dans le *trust instrument*, ou à défaut par la loi. Indépendant de celui du *trustee*, le patrimoine trustal n'est pas le gage des créanciers potentiels d'un *trustee* incompétent ou malhonnête. Les *equitable interest* dont le bénéficiaire du *trust* est titulaire sont essentiellement des droits résiduaires. À l'expiration du *trust*, le bénéficiaire prend possession des *estates* abrités sous le *trust*. 3554

Le *trust* est souvent défini comme le procédé juridique destiné à scinder la gestion et le contrôle d'un bien, de la jouissance et des profits qu'il procure. Il peut être établi par testament ou par acte entre vifs.

En application de l'article 1er, § 2 j) du règlement « Successions », la constitution, le fonctionnement et la dissolution des *trusts* se trouvent exclus du champ d'application dudit règlement, mais le traitement successoral des *trusts* relève bien du règlement.

Dès lors que la loi applicable au règlement de la succession sera celle d'un État connaissant l'institution du *trust*, ce dernier sera accueilli sur les biens situés en France et le *trustee* pourra appréhender les biens successoraux, les vendre et de manière générale exécuter sa mission telle qu'elle aura été définie suivant les cas par l'acte entre vifs, le testament ou la loi.

Plus compliqué sera le traitement d'un *trust* portant sur une succession régie par la loi française. Cette hypothèse est assez fréquente dans la mesure où le testament aura été établi dans un pays de *common law*. En présence d'héritiers réservataires, il ne sera pas possible de laisser toute latitude au *trustee*, les réservataires étant saisis de plein droit des biens composant la succession et devant pouvoir appréhender leur réserve en nature.

3555 Sur le plan fiscal, le *trust* est traité par l'article 792-0 *bis* du Code général des impôts (694).

(694) CGI, art. 792-0 *bis (Mod. par L. nº 2016-1917, 29 déc. 2016, art. 32, V)* I. – 1. Pour l'application du présent code, on entend par trust 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 des biens ou droits, sous le contrôle d'un administrateur, dans l'intérêt d'un ou de plusieurs bénéficiaires ou pour la réalisation d'un objectif déterminé. 2. Pour l'application du présent titre, on entend par constituant du trust soit la personne physique qui l'a constitué, soit, lorsqu'il a été constitué par une personne physique agissant à titre professionnel ou par une personne morale, la personne physique qui y a placé des biens et droits. II. – 1. La transmission par donation ou succession de biens ou droits placés dans un trust ainsi que des produits qui y sont capitalisés est, pour la valeur vénale nette des biens, droits ou produits concernés à la date de la transmission, soumise aux droits de mutation à titre gratuit en fonction du lien de parenté existant entre le constituant et le bénéficiaire. 2. 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. Sans préjudice de l'application de l'article 784 à ces droits ainsi qu'aux droits de mutation à titre gratuit mentionnés au 1 du présent II en cas de transmission par donation, la perception des droits de mutation par décès mentionnés au même 1 et au a du présent 2 est effectuée en ajoutant la valeur des biens, droits et produits qu'ils imposent à celle des autres biens compris dans la déclaration de succession pour l'application d'un tarif progressif et pour le calcul des abattements édictés par l'article 779. Les droits de mutation à titre gratuit mentionnés aux *b* et *c* du présent 2 sont acquittés et versés au comptable public compétent par l'administrateur du trust dans les délais prévus à l'article 641, à compter du décès du constituant. 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 applicable à la dernière tranche du tableau III de l'article 777.3. Le bénéficiaire est réputé être un constituant du trust pour l'application du présent II, à raison des biens, droits et produits capitalisés placés dans un trust dont le constituant est décédé à la date de l'entrée en vigueur de la loi nº 2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011 et à raison de ceux qui sont imposés dans les conditions prévues aux 1 et 2 du même II et de leurs produits capitalisés.

En cas de réception d'un *trust* portant sur des biens immobiliers situés en France, quelles seront les modalités de transfert de la propriété suite au décès, au regard de la publicité foncière ?

L'article 5 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière énonce : « En ce qui concerne les attestations après décès, l'état civil doit être indiqué et certifié pour le défunt et par chacun des héritiers, successeurs irréguliers ou légataires ».

Il serait audacieux de classer le *trustee* parmi les successeurs irréguliers.

Le règlement européen « Successions », qui exclut de son champ d'application les droits réels, pose dans son article 31 le principe de l'adaptation en ces termes : « 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 ».

En l'absence de ratification de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance, qui permettrait tout simplement d'accueillir le *trust* au regard de la publicité foncière, la pratique tente de trouver des solutions afin de permettre la vente des biens dépendant de la succession, mais aucune de ces solutions n'est satisfaisante.

Certains, au nom de l'adaptation, vont jusqu'à convertir un *trust* en une institution juridique de droit français comme une libéralité graduelle ou résiduelle ; cette démarche, même si elle vise à faire respecter la volonté du défunt, risque de conduire naturellement à une dénaturation de l'institution étrangère et paraît dangereuse au regard de la responsabilité du notaire.

Dès lors, comment établir l'attestation après décès dans ce contexte ? Ce point fera ci-après l'objet des développements de la quatrième commission.

La ratification de la convention de La Haye sur les *trusts* permettrait enfin de pouvoir appréhender en toute sérénité le trust régulièrement constitué et applicable en vertu de la loi étrangère régissant la succession.

Section II La réception du pacte successoral

Le pacte successoral connu des droits germaniques vise originairement à aménager sa succession par contrat. Dans les pays germaniques ou influencés par le BGB, il pourrait être défini comme un acte juridique bilatéral conclu entre le testateur et l'héritier, par lequel ce dernier est appelé à succéder de façon irrévocable ; ce contrat n'empêche pas le testateur de disposer de ses biens comme bon lui semble de son vivant, l'héritier institué par le contrat ne recevant au décès que le reliquat. **3556**

Généralement, le pacte successoral ne peut être révoqué que d'un commun accord ou en vertu d'une disposition de la loi.

Comme à l'encontre de toute autre disposition de dernières volontés, les héritiers réservataires pourront faire respecter leur droit à la réserve héréditaire.

Dès lors que la loi applicable au règlement de la succession sera celle d'un État validant le pacte successoral, ce dernier sera accueilli sur les biens situés en France et le contrat pourra s'exécuter.

Plus compliquée sera l'exécution du pacte successoral sur des biens situés en France, dès lors que la loi successorale applicable sera la loi française, en raison de la prohibition formulée par l'article 1130 du Code civil.

L'application de la loi successorale française devrait conduire, en l'état actuel du droit positif, à l'annulation d'un tel pacte, mais dans la mesure ou aucun héritier réservataire n'aura été lésé, il devrait être possible d'accueillir ce pacte successoral valablement conclu suivant la loi étrangère afin de respecter la volonté du testateur.

L'article 25 du règlement « Successions » (695) règle cette difficulté.

Le règlement européen « Successions » permet d'accueillir les pactes successoraux allemands ou suisses ou ceux des législations influencées par le BGB.

En droit français, de plus en plus de pactes successoraux sont autorisés par la loi, faisant ainsi figure d'exceptions au principe de prohibition des pactes sur succession future découlant des articles 722, 1130 et 1389 du Code civil. Il en est ainsi des donations-partages, des testaments-partages, des donations entre époux de biens à venir, des stipulations dérogeant aux règles légales sur les modalités de rapport, des libéralités graduelles, de la renonciation anticipée à l'action en réduction et des donations entre époux. La plupart de ces pactes répondent à une qualification successorale et relèvent de la définition de l'article 3.1, b) du règlement : aux fins du règlement, on entend par « pacte successoral » un accord, y compris un accord résultant de testaments mutuels, qui confère, modifie ou retire, avec ou sans contre-prestation, des droits dans la succession future d'une ou plusieurs personnes parties au pacte.

Section III La mise en œuvre de l'exception d'ordre public, des lois de police et la fraude à la loi

3557 La ou plutôt les sociétés évoluent rapidement. Suivant les conceptions politiques, religieuses et sociétales des différents pays, l'ordre public différera d'un État à l'autre. Le mariage entre personnes de même sexe, considéré en France comme une institution désormais bien établie, est jugée contraire à l'ordre public dans de nombreux pays. L'inégalité des droits successoraux en fonction de la religion est considérée comme contraire à l'ordre public international en France. À mi-chemin, certaines situations créées à l'étranger conformément à la loi nationale des intéressés peuvent produire des effets sur le territoire français : il en est ainsi du mariage polygamique contracté à l'étranger par des ressortissants du pays admet-

(695) Art. 25 : Pacte successoral. 1. Un pacte successoral qui concerne la succession d'une seule personne est régi, quant à sa recevabilité, sa validité au fond et ses effets contraignants entre les parties, y compris en ce qui concerne les conditions de sa dissolution, par la loi qui, en vertu du présent règlement, aurait été applicable à la succession de cette personne si elle était décédée le jour où le pacte a été conclu. 2. Un pacte successoral qui concerne la succession de plusieurs personnes n'est recevable que s'il l'est en vertu de chacune des lois qui, conformément au présent règlement, aurait régi la succession de chacune des personnes concernées si elles étaient décédées le jour où le pacte a été conclu. Un pacte successoral qui est recevable en vertu du premier alinéa est régi, quant à sa validité au fond et à ses effets contraignants entre les parties, y compris en ce qui concerne les conditions de sa dissolution, par celle des lois visées au premier alinéa avec laquelle il présente les liens les plus étroits. 3. Nonobstant les paragraphes 1 et 2, les parties peuvent choisir comme loi régissant leur pacte successoral, quant à sa recevabilité, sa validité au fond et ses effets contraignants entre les parties, y compris en ce qui concerne les conditions de sa dissolution, la loi que la personne ou l'une des personnes dont la succession est concernée aurait pu choisir en vertu de l'article 22, selon les conditions qui y sont fixées.

tant cette forme d'union. À ce titre, des droits successoraux pourront être reconnus et partagés entre plusieurs épouses.

Ainsi conviendra-t-il, lors de l'importation d'une règle juridique ou d'une institution étrangère, de toujours vérifier si celle-ci ne heurte pas l'ordre public international français à la lumière essentiellement des décisions rendues par les juges. Il est établi aujourd'hui que la réserve héréditaire n'est pas d'ordre public dans un contexte international ; en revanche, une loi successorale qui consacrerait une discrimination en raison de la religion de l'héritier sera contraire à l'ordre public.

Parfois le notaire se devra également de vérifier si une loi de police est susceptible de contrevenir à la règle de droit étranger désignée par application des règles de conflit de lois. Ainsi la vente du logement de la famille situé en France devra toujours être consentie par les deux époux, même si ces derniers se trouvent mariés sous un régime matrimonial de droit étranger autorisant la vente du logement de la famille par le seul époux propriétaire dudit logement.

Les cas de fraude à la loi sont quant à eux plus marginaux. Un client marié sans contrat avant l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, qui indiquerait volontairement au notaire avoir eu son premier domicile après le mariage dans un pays où le régime légal se trouve être la séparation de biens afin d'éluder le régime légal de communauté du pays dans lequel il a réellement eu son premier domicile, peut représenter un cas de fraude à la loi. Mais une telle tentative de fraude ne pourra pas prospérer si le notaire sollicite des justificatifs de nature à déterminer le réel premier domicile conjugal.

TITRE II

Les limites à l'anticipation successorale

Anticiper dans les situations internationales suppose d'oublier les réflexes habituels dans les situations purement internes. En effet, il convient d'examiner avec soin la réception à l'étranger de l'acte préconisé tant du point de vue fiscal que du point de vue civil. Il convient de s'assurer de l'harmonie des solutions préconisées en raison de la disparité des règles juridiques suivant les États. Le notaire doit assurer l'efficacité juridique et économique de ses actes ; ce devoir ne s'arrête pas aux frontières. **3558**

CHAPITRE I Vérifier l'opportunité fiscale d'une opération de transmission

Dans les situations internationales, le risque de double imposition existe. Les conventions fiscales sont là pour éluder ce risque, mais ces conventions sont trop peu nombreuses, notamment en matière de donation. En l'absence de convention, les règles internes relatives à la territorialité régissent la perception de l'impôt. **3559**

En France, l'article 750 *ter* du Code général des impôts indique dans quel cas l'impôt est dû en France (domicile du donateur en France, biens situés en France, domicile en France du donataire sur une certaine durée).

Lorsque la donation engendre l'impôt dans deux États, par exemple en présence d'un donateur domicilié dans un État donnant un bien situé dans un autre État, des règles d'imputation de l'impôt payé à l'étranger existent généralement. En France, il s'agit de l'article 784 A du Code général des impôts. Dans le cas où la donation serait rédigée en France, et en l'absence de convention fiscale, le notaire se devra de vérifier s'il existe à l'étranger un texte équivalent aux dispositions de l'article 784 A, afin que l'impôt ne soit pas payé deux fois, ce qui rendrait l'opération de donation très onéreuse.

Généralement, l'imputation concerne des taxes de même nature comme l'impôt sur la donation qui serait payé dans deux États pour une même donation ; il se peut exceptionnellement qu'une donation engendre un impôt sur la plus-value et un impôt sur la donation dans un autre pays, auquel cas l'imputation ne pourra avoir lieu et le coût de la donation pourra alors s'avérer prohibitif.

Par ailleurs, certaines conventions fiscales peuvent renvoyer la taxation des droits de succession des parts de SCI dans l'État du domicile du défunt. Dans un tel contexte, la donation des parts d'une SCI propriétaire d'un bien immobilier en France peut être à déconseiller car cette donation engendrerait une taxation en France alors que la succession n'en générerait aucun.

CHAPITRE II Les effets limités de la *professio juris*

3560 La *professio juris*, ou choix en faveur de sa loi nationale pour le règlement de sa succession, est souvent présentée comme le moyen de prévoir le bon déroulement de sa succession conformément à une loi connue du testateur. Cependant, ce choix de loi peut s'avérer insuffisant dans certains cas et il conviendra alors d'anticiper le règlement de sa succession au moyen d'autres outils juridiques. Parfois, le résultat souhaité ne pourra être atteint.

Ainsi un Français qui aurait testé en faveur de ses enfants sans rien laisser à son conjoint, résidant au moment de son décès de manière habituelle dans un pays ayant instauré une réserve au profit du conjoint survivant et défendant cette réserve au titre de son ordre public international, pourrait voir sa succession réglée autrement que de la manière dont il l'avait anticipée. En effet, dans ce cas son conjoint serait bénéficiaire d'une part de réserve sur les biens situés à l'étranger.

Un Français de confession musulmane, décédé *ab intestat*, résidant habituellement au moment de son décès en France et ayant des biens situés en France et au Maroc, laisse pour lui succéder un garçon et une fille. Sa succession sera réglée au Maroc suivant les règles successorales marocaines en raison de sa religion, et sa succession réglée suivant les règles successorales françaises en France. Au Maroc, son fils pourra appréhender une part deux fois supérieure à celle de sa fille, alors qu'en France chacun des enfants pourra prétendre à la même part. En raison de la suppression du droit de prélèvement en faveur des héritiers de nationalité française, l'inégalité créée au Maroc ne pourra être corrigée en France. Quand bien même ce Français aurait, aux termes d'un testament, demandé l'application de la loi de sa nationalité au règlement de sa succession, cette *professio juris* n'aurait eu aucun effet au Maroc, la religion prévalant sur la nationalité dans la règle de conflit de lois successorale marocaine. Dans le cadre d'une anticipation successorale, il sera possible de conseiller à ce

Français de léguer à sa fille la quotité disponible ou le bénéfice d'une assurance vie pour corriger l'inégalité de droits des enfants suivant leur sexe au Maroc.

Le notaire français ne pourra qu'inciter le futur expatrié à consulter dans le pays de réception, afin de s'assurer que les montages mis en place pourront recevoir pleine et entière exécution.

CHAPITRE III La place laissée à l'autonomie de la volonté dans l'anticipation successorale

3561 La place laissée à l'autonomie de la volonté dans le cadre de l'anticipation successorale varie en droit interne d'un pays à l'autre. En termes de liberté de transmission, les pays de *common law* font figure de vainqueur. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que les proches parents dans le besoin peuvent souvent bénéficier à l'encontre de la succession d'une action en vue d'obtenir une provision suffisante à leur subsistance ; il en est ainsi en Angleterre (*provision for family and dependants Act* 1975). De façon assez répandue aux États-Unis, mais non uniforme, le conjoint survivant a droit à une partie de la succession équivalant à un tiers en toute propriété en présence d'enfant(s) et à la moitié en l'absence de descendant. Si le testament prive le conjoint survivant de cette quotité ou la diminue, ce dernier pourra décider de recevoir cette part au lieu de la part prévue par le testament. C'est pourquoi cette part est connue sous le nom d'*elective share* (la part de la succession que le conjoint survivant peut choisir de recevoir). Cette part varie dans sa consistance suivant les États : dans certains, il s'agira de la conférer au conjoint survivant en pleine propriété, dans d'autres, elle sera scindée pour partie en pleine propriété et pour partie sous forme de *trust* destiné à lui servir de revenus. Elle varie également quant à ses modalités de calcul, certaines législations tenant compte des donations et des *trusts* constitués par le défunt de son vivant, d'autres non. Parfois, elle est conditionnée à l'existence de jeunes enfants ou à une certaine durée du mariage. Généralement, toute tentative par le testateur de priver son conjoint de choix entre ces deux options pourra être attaquée pour fraude à la loi.

À l'opposé de ce système libéral, on trouve les systèmes de droit religieux et plus particulièrement le système musulman dans lequel la liberté de tester n'existe pas ou est très encadrée et peu utilisée, et où des incapacités à hériter en fonction de son appartenance religieuse existent. En effet, dans les pays appartenant au système « révélatif », c'est-à-dire ceux dans lesquels la révélation divine est à l'origine du droit, les parts revenant aux héritiers sont énoncées clairement dans les textes. Ainsi la sourate IV du Coran énumère les parts devant revenir à chacun ou chacune. Mais il convient de nuancer la place laissée à l'autonomie de la volonté suivant les pays en raison historiquement de leur appartenance à telle ou telle école, l'école hanéfite étant considérée comme la plus libérale (elle est représentée principalement dans les pays d'Asie centrale) et l'école hanbalite comme la plus intégriste (elle est représentée par des pays comme l'Arabie saoudite ou le Qatar). L'école malékite que l'on retrouve dans les pays du Maghreb, elle, accorde à côté du Coran une place importante à la coutume de Médine (ville du Prophète). Elle fait figure d'école historique et l'école chaféite est considérée comme une école modérée (on la retrouve en Afrique orientale). La possibilité d'effectuer des donations variera donc en fonction des pays. Lorsque ces donations seront autorisées, elles ne seront pas rapportables à la succession.

À mi-chemin se situent les pays appartenant au système législatif, système qui confère à la loi une supériorité face aux autres sources du droit. Outre tous les pays d'Europe, à l'exception du Royaume-Uni, on y retrouve un grand nombre d'États d'Amérique centrale, d'Amérique du Sud et d'Asie comme le Japon ou la Chine. Dans ces pays, les proches parents (aujourd'hui à peu près partout, le conjoint et les descendants) bénéficient généralement d'une protection sous forme de réserve en nature ou en valeur et la protection du conjoint survivant s'est accrue au fil du temps. Ce dernier tire bien souvent ses droits du régime matrimonial en plus de la loi successorale. La part de réserve assignée aux héritiers varie d'un État à l'autre. Ainsi, certains pays comme la Russie ne protègent au titre de la réserve que les héritiers dans l'incapacité de travailler et qui dépendaient financièrement du défunt.

La diversité des droits internes en la matière résulte de l'histoire du pays et de son évolution sociologique.

La mobilité des individus a pour conséquence de soumettre ces derniers à des règles de droit qui ne sont pas les leurs originairement. Cependant, le règlement européen « Successions » permet aux ressortissants des États ayant ratifié ledit règlement un choix en faveur de leur loi nationale. Cette *professio juris* en faveur de la loi nationale existait déjà dans certains pays comme la Suisse, la Corée du Sud ou encore Monaco. Mais cette *professio juris* a ses limites comme il a été rappelé ci-dessus.

L'harmonisation des règles de conflit de lois, cependant, permet une anticipation plus efficace du règlement de la succession.

Les donations, quant à elles, doivent être utilisées dans l'ordre international avec quelques précautions : vérification de la fiscalité applicable en raison de la rareté des conventions fiscales, respect des conditions de formes au regard des dispositions de l'article 11 du règlement Rome I, champ réservé à la d'autonomie et à la loi successorale au regard des différentes stipulations de la donation.

Lorsque l'anticipation n'aura pas conduit au résultat souhaité, l'accord des héritiers, sous réserve des dispositions fiscales, restera le moyen de sortir d'une situation non voulue. Ainsi en présence d'une donation entre époux inefficace en la forme dans un pays ne la reconnaissant pas, les héritiers pourraient s'accorder à reconnaître un legs verbal en faveur du conjoint si cette institution existe dans le pays étranger rejetant en la forme la donation entre époux. L'autonomie de la volonté reprendrait ainsi sa place non plus au regard du testateur, mais au regard des héritiers, tous d'accord.

CONTRACTER : Acquérir et financer dans un contexte international

Président :
Antoine DESNUELLE
Notaire à Cannes

Rapporteur :
Cécile SAINTE-CLUQUE-GODEST
Notaire à Carcassonne

Avec la contribution de Maria LOPEZ DE TEJADA

PREMIÈRE PARTIE

La vente dans un contexte international

TITRE I

La vente en France par les non-résidents

SOUS-TITRE I

L'orientation particulière du contrat de vente d'immeuble en France par les non-résidents

CHAPITRE I Les particularités civiles du contrat de vente des non-résidents en France

Les notaires français ont un rôle d'accompagnement à jouer auprès des investisseurs étrangers tant au moment de l'acquisition immobilière que lors de la revente. Bien souvent, les étrangers méconnaissent le statut des notaires français. Officiers publics et ministériels, ceux-ci doivent assurer à leurs clients étrangers et non-résidents la même sécurité juridique qu'à leurs clients français. Dans ce but, ils effectuent des contrôles particuliers sur le statut personnel des parties au contrat. Juristes incontournables dans la vie de leurs concitoyens français, ils doivent adapter leur pratique à leurs clients étrangers non résidents. C'est le cas notamment en matière d'avant-contrats, qui soulèvent des questions depuis la réforme du droit des obligations de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. **4001**

Section I Les points de contrôle formels du contrat de vente d'immeuble à l'international

Les aspects formels de la rédaction des actes authentiques dans un contexte international ont été amplement développés par la deuxième commission. Ils seront donc brièvement rappelés ci-après pour donner quelques points de repère propres aux contrats de vente immobilière. **4002**

Sous-section I La mise en place du cadre formel du contrat de vente d'immeuble

En principe, ainsi qu'il a été précisé (V. *supra,* n° 2107), l'acte authentique doit être rédigé en français. Il peut être dressé en langue allemande en Alsace-Moselle si les parties ne maîtrisent pas le français et requièrent expressément le notaire de rédiger l'acte en allemand. **4003**

Le notaire qui reçoit un acte dont au moins l'une des parties ne maîtrise pas la langue française doit s'assurer que cet acte sera tout de même parfaitement compris. Les diverses

précautions à prendre ont déjà été détaillées (V. *supra*, nos 2108, 2109 et 2110). Dans la mesure du possible, il est conseillé au notaire d'établir une note dans la langue maternelle du vendeur afin de s'assurer qu'il a bien compris l'étendue de ses obligations dans le cadre de la vente. Le vendeur est en effet débiteur d'une obligation d'information vis-à-vis de son acquéreur, conformément à l'article 1614 du Code civil. Il n'a pas les mêmes repères juridiques que les vendeurs français, il est donc important de prendre le temps de tout lui expliquer. Il convient notamment de préciser le domaine d'intervention du notaire français, qui est souvent plus large que celui de beaucoup de ses confrères étrangers, notamment pour ce qui concerne le maniement des fonds.

4004 Afin d'aider le vendeur et l'acquéreur étranger à comprendre le processus de la vente et à se repérer au cours des différentes étapes, le notaire peut lui transmettre une note d'explications sous la forme suivante :

Note sur le processus de la vente immobilière

PROCESSUS VENTE D'IMMEUBLE

ÉTAPE	DATE PLANIFIÉE
1) Signature d'une offre d'achat	
2) Réunion des pièces préparatoires de la promesse de vente : titre de propriété, diagnostics techniques, autorisations administratives, documentation propre aux lots de copropriété	
3) Signature de la promesse de vente (unilatérale ou synallagmatique)	
4) Versement du dépôt de garantie + provision sur frais d'acte de vente	
5) Dates pour la réalisation des conditions suspensives : prêt/vente d'un bien par l'acquéreur/obtention d'un certificat pré-opérationnel ou d'un permis de construire	
6) Signature de l'acte authentique de vente	
7) Paiement du prix de vente par le notaire	

Lorsqu'il travaille avec des clients étrangers, le notaire doit conserver à l'esprit que le système juridique français ne leur est pas familier et qu'il faut donc réserver un temps de pédagogie qui leur permettra de réduire l'anxiété générée par l'aventure de l'acquisition immobilière à l'étranger.

Sous-section II Les aspects formels relatifs aux parties du contrat de vente d'immeuble

4005 Les vérifications à effectuer pour s'assurer de l'identité et de la capacité des parties ont été évoquées par la deuxième commission. Il y a lieu de s'y référer.

Section II Les points de contrôle spécifiques de fond en matière de vente d'immeuble à l'international

Certains points spécifiques au contrat de vente feront l'objet de développements plus importants : prix, aspects fiscaux, diagnostics obligatoires et lois de police, mais il existe quelques points à ne pas négliger lorsque le notaire reçoit un acte de vente d'immeuble dans un contexte international. **4006**

Sous-section I L'analyse de la situation maritale des parties

Lorsqu'un couple présentant un élément d'extranéité envisage de vendre un bien immobilier en France, le régime matrimonial doit être analysé pour déterminer qui doit intervenir à l'acte. Cela apparaît d'autant plus important si l'un des membres du couple ne peut pas assister à la signature de l'avant-contrat ou de l'acte de vente. Les développements de la troisième commission en la matière éclairent sur la démarche intellectuelle à suivre pour analyser et repérer le régime matrimonial des vendeurs. **4007**

Après avoir établi qui doit signer les actes, il semble intéressant d'éclairer la désignation du bien vendu sous l'angle du praticien du droit international privé.

Sous-section II La désignation du bien immobilier objet de la vente

Lorsque les clients étrangers vendent un bien immobilier situé en France, ils conservent leur mode de description du bien immobilier vendu. Généralement, ils apprécient que la désignation de l'acte de vente soit précise, avec la mention des dépendances et constructions annexes. Une note rappelant cette description dans leur langue maternelle est en général fortement appréciée. **4008**

Les clients anglo-saxons ont souvent particulièrement à cœur qu'il leur soit précisé si l'assiette foncière a fait l'objet d'un bornage permettant de connaître précisément les limites du bien vendu.

Dans son rôle de conseil des parties, en présence de vendeurs non résidents, il peut s'avérer opportun que le notaire sollicite et surtout conserve la copie de plus de documents qu'à l'ordinaire, par exemple ceux qui concerneraient des travaux non soumis à autorisation, ou datant de plus de dix ans. Au-delà des besoins du dossier, il faut en effet avoir à l'esprit qu'une fois la vente passée, il sera plus difficile d'obtenir des informations sur l'historique du bien qu'auprès d'anciens propriétaires moins éloignés.

CHAPITRE II Les particularités fiscales de la vente immobilière des non-résidents en France

4009 En présence d'un vendeur ou d'un acquéreur étranger, le notaire doit expliquer les incidences fiscales de la vente dès la signature de l'avant-contrat. Que l'on soit vendeur **(Section I)** ou acquéreur **(Section II)**, la vente d'un bien immobilier situé en France aura des conséquences fiscales qui soulèvent des questions particulières dans un contexte international.

Section I Les incidences fiscales pour le vendeur

4010 Comme tout vendeur d'un bien immobilier résident français, le vendeur non résident est soumis à la taxe sur la plus-value immobilière **(Sous-section I)**, mais il peut bénéficier de certaines dérogations applicables dans un contexte international **(Sous-section II)**.

Sous-section I Le principe : l'imposition des vendeurs non résidents

4011 Lorsque le vendeur est non-résident, le notaire ne doit pas manquer de s'interroger sur les conditions de son imposition tant pour l'impôt sur le revenu **(§ I)** que pour les contributions sociales **(§ II)** et la TVA sur le prix de vente **(§ III)**.

§ I L'imposition sur le revenu retiré de la vente

4012 Selon l'article 1 A du Code général des impôts, une « plus-value de cession à titre onéreux de biens ou de droits de toute nature » est considérée comme un revenu. L'article 150 U du Code général des impôts prévoit une imposition au titre de l'impôt sur le revenu en cas de vente de biens immobiliers bâtis ou non bâtis ou de droits réels immobiliers dans les conditions des articles 150 V à 150 VH du même code (1).

Le Code général des impôts ne distingue nullement entre vendeurs résidents ou non résidents en France. Il s'ensuit que toute vente de bien ou droits immobiliers bâtis ou non bâtis réalisée en France est en principe soumise à l'imposition du revenu retiré de cette cession.

Il existe néanmoins des dérogations qui seront développées ci-après.

L'imposition est effectuée conformément aux articles 150 V à 150 VH du Code général des impôts, selon les mêmes modalités qu'en droit interne. La déclaration est déposée simultanément à la copie authentique de l'acte de vente au service de la publicité foncière sur l'imprimé Cerfa 2018 IMM.

(1) CGI, art. 150 U : « Sous réserve des dispositions propres aux bénéfices industriels et commerciaux, aux bénéfices agricoles et aux bénéfices non commerciaux, les plus-values réalisées par les personnes physiques ou les sociétés ou groupements qui relèvent des articles 8 à 8 *ter*, lors de la cession à titre onéreux de biens immobiliers bâtis ou non bâtis ou de droits relatifs à ces biens, sont passibles de l'impôt sur le revenu dans les conditions prévues aux articles 150 V à 150 VH.
Ces dispositions s'appliquent, sous réserve de celles prévues au 3° du I de l'article 35, aux plus-values réalisées lors de la cession d'un terrain divisé en lots destinés à être construits ».

Les vendeurs non résidents sont fréquemment surpris d'apprendre qu'ils doivent également payer des contributions sociales françaises.

§ II L'imposition au titre de la contribution sociale généralisée

4013 Depuis le 1er janvier 2016, tous les vendeurs de biens et droits immobiliers situés en France sont en principe redevables des prélèvements sociaux, quel que soit leur pays de résidence fiscale. L'État français recueille cette contribution pour financer le Fonds de solidarité vieillesse.

Il n'en a pas toujours été ainsi : à l'origine ces prélèvements ont été institués pour contribuer au financement de la sécurité sociale française. Néanmoins, l'État français a dû revoir sa position suite aux décisions de la Cour de justice de l'Union européenne et du Conseil d'État. Des recours ont en effet été déposés devant la Cour de justice par des non-résidents qui estimaient injuste de contribuer à un organisme qui ne leur verserait aucune prestation sociale, contrairement aux résidents français. C'est le cas par exemple d'un ressortissant néerlandais résidant en France mais couvert par le régime de sécurité sociale de son pays d'origine. Il refusait de payer les prélèvements sociaux sur les revenus de son patrimoine puisqu'il ne bénéficiait pas de la sécurité sociale française. Saisie d'une question préjudicielle par le Conseil d'État qui devait juger sa requête contre l'État français, la Cour a indiqué que : « Les prélèvements sur les revenus du patrimoine étaient bien affectés au financement des régimes de sécurité sociale français et qu'en conséquence, ils avaient un lien direct et suffisamment pertinent avec les lois qui régissent les branches de sécurité sociale énumérées à l'article 4 du règlement 1408/71, indépendamment de l'absence de relation entre les revenus du patrimoine des personnes assujetties et l'exercice d'une activité professionnelle par ces dernières » (2). En d'autres termes, la Cour a estimé que les contributions sociales présentaient un lien direct et suffisamment pertinent avec la sécurité sociale française, car elles étaient prélevées pour financer la sécurité sociale française et combler les déficits budgétaires sociaux. Or, selon la Cour, l'État français ne pouvait pas effectuer ce prélèvement sans violer les termes du règlement nº 1408/71 du 14 juin 1971 (3) selon lesquels les travailleurs salariés qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (l'Union européenne) doivent être soumis au régime de sécurité sociale d'un seul État membre afin d'éviter les cumuls de législations nationales et toutes complications juridiques et sociales. C'est le principe d'unicité des législations de sécurité sociale.

Ensuite, selon la Cour, l'État français ne respectait pas non plus le principe de libre circulation des travailleurs et la liberté d'établissement. Il ressort donc de cet arrêt qu'au sein de l'Union européenne, il ne doit y avoir qu'une seule contribution au régime de sécurité sociale et si celle-ci est réalisée auprès du pays d'origine, elle ne peut pas être versée en France notamment lors de la vente d'un immeuble. C'est la position adoptée par le Conseil d'État dans son arrêt du 27 juillet 2015 (4) dans l'affaire du ressortissant néerlandais.

Suite à cet arrêt, l'État français a remboursé les sommes indûment perçues de 2012 à 2015 à tous les ressortissants de l'Union européenne et de l'Espace économique européen

(2) CJUE, 26 févr. 2015, aff. 623/13 : *RJF* 5/2015, nº 453, concl. E. Sharpston.

(3) Cons. CE, règl. (CEE) nº 1408/71, 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, dans sa version modifiée et mise à jour par le règlement (CE) nº 118/97 du Conseil, du 2 décembre 1996 (*JO* nº L 028, 30 juill. 1997, p. 001-0229), tel que modifié par le règlement (CE) nº 1992/2006 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006 (*JO* nº L 392, 2006, p. 1).

(4) CE, 27 juill. 2015, nº 365511 : *RJF* 7/2015, nº 668, concl. E. Cortot-Boucher, censurant un arrêt CAA Bordeaux, 31 mai 2012, nº 10BX02825.

(Islande, Norvège, Liechtenstein) et de Suisse qui en ont fait la réclamation. Les résidents des autres États n'ont pas été remboursés.

Une parade a tout de même été trouvée par l'administration : les prélèvements sociaux effectués lors de la vente de biens et droits immobiliers contribuent désormais à financer un fonds de vieillesse qui ne verse aucune contrepartie. À ce jour, aucune décision interdisant cette contribution pour les non-résidents n'a été rendue. La position de l'État français a même été confortée dans un arrêt rendu le 18 janvier 2018 par la Cour de justice de l'Union européenne (5) saisie d'une question préjudicielle du Conseil d'État. Dans cette affaire, un ressortissant français résidant en Chine s'opposait aux prélèvements sociaux au motif qu'il était affilié au régime chinois de sécurité sociale. Dans cet arrêt, la Cour a opéré la distinction entre les ressortissants de pays membres de l'Union européenne, qui bénéficient du principe de l'unicité de la législation en matière de sécurité sociale et ceux des États tiers qui ne sont pas concernés par ce principe. Nul doute que certains tenteront à nouveau de trouver des arguments pour parvenir à infléchir la jurisprudence et la position de l'administration.

Depuis le 1er janvier 2019, les vendeurs résidant dans un Etat membre de l'Espace économique européen ou en Suisse bénéficient tout de même d'un taux de contribution sociale généralisée réduit à 7,5 % au lieu de 17,20 %.

Néanmoins, avant de calculer le montant des taxes sur la plus-value immobilière, le notaire doit vérifier si le vendeur ne peut pas bénéficier d'une mesure d'exonération liée à sa situation de non-résident (V. *supra*, nos 4016 et s.).

§ III La TVA sur le prix de vente

4014 En cas de vente d'un bien immobilier situé dans une résidence de tourisme pour lequel un contrat de bail commercial a été souscrit par le vendeur, le notaire doit s'interroger sur le paiement de la TVA. Quel est l'impact des éléments d'extranéité sur l'acquittement de la TVA ?

4015 Lorsque le redevable de la TVA n'est pas résident fiscal en France, doit-il tout de même acquitter cette taxe en France ? Il résulte du *Bulletin officiel des finances publiques-impôts* (*BOFiP*) que : « Par dérogation à la règle générale posée à l'article 259 du Code général des impôts (CGI), la détermination du lieu d'imposition des services se rattachant à un immeuble ne s'effectue pas en rapport avec la qualité du preneur ».

L'article 259 A, 2o du Code général des impôts prévoit que ces services sont taxables en France lorsque le bien immobilier y est situé.

Sont considérés comme des services se rapportant à un immeuble : « les prestations d'experts et d'agents immobiliers, la fourniture de logements dans le cadre du secteur hôtelier ou de secteurs ayant une fonction similaire tels que des camps de vacances ou des sites aménagés pour camper, l'octroi de droits d'utilisation d'un bien immeuble et les prestations tendant à préparer ou à coordonner l'exécution de travaux immobiliers, telles que celles fournies par les architectes et les entreprises qui surveillent l'exécution des travaux » (6).

Ensuite, selon l'article 13 *ter* du règlement d'exécution (UE) no 282/2011 du Conseil du 15 mars 2011 portant mesure d'exécution de la directive 2006/112/CE du Conseil du

(5) CJUE, 18 janv. 2018, aff. C-45/17, *Frédéric Jahin* c/ *Min. Économie et Finances et min. Affaires sociales et Santé*.
(6) *BOFiP*, BOI-TVA-CHAMP-20-50-30-20180801.

28 novembre 2006 relative au système commun de la taxe sur la valeur ajoutée, les biens immeubles sont définis comme :
- les constructions incorporées au sol, dans le sol ou au-dessus ou au-dessous du niveau de la mer et qui ne peuvent être aisément démontées ou déplacées (7) ;
- les terrains, entendus comme toute partie déterminée de la terre, située à ou sous sa surface ;
- tout élément accessoire d'un immeuble sans lequel ce dernier serait incomplet (tel que par exemple les portes, fenêtres,toitures, escaliers ou ascenseurs) ;
- tout élément installé à demeure dans un immeuble qui ne peut être déplacé sans destruction ou modification de l'immeuble ou de la construction.

Enfin, une prestation de service se rapportant à un immeuble est caractérisée par deux critères alternatifs :
- l'immeuble est au centre du service et indispensable à la prestation (8) ;
- le service s'applique à un immeuble et il en change le statut juridique ou les caractéristiques physiques.

Ainsi, l'article 259 A, 2° du Code général des impôts vise les prestations d'experts et d'agents immobiliers, notamment les services d'évaluation de biens immobiliers, prestations d'intermédiation à l'achat, à la vente ou à la location de biens immobiliers des agents immobiliers, les prestations de bornage. Le notaire devra donc être attentif aux factures qui lui sont présentées par les agences immobilières dont le siège se situe à l'étranger, car elles sont redevables de la TVA en France au titre de leurs prestations de négociation.

La TVA sera donc collectée en France si la vente est soumise au régime de la TVA. Par ailleurs,en cas de revente avant l'expiration du délai de paiement de la TVA, le notaire ne doit pas omettre de conserver la quote-part de TVA restant due par le vendeur.

Il est à noter que si le redevable de la TVA est domicilié en dehors de l'Union européenne, il doit désigner un représentant fiscal, conformément à l'article 289 A du Code général des impôts. À défaut, c'est le destinataire de l'opération imposable qui supportera le paiement de la TVA, en cas de défaillance du redevable.

Sous-section II Les dérogations en raison de la situation internationale du vendeur

4016 Les vendeurs non résidents peuvent bénéficier de l'exonération de taxe sur la plus-value immobilière au même titre que les résidents français lorsqu'ils détiennent leur bien ou droit immobilier depuis plus d'une durée déterminée selon l'article 150 VC du Code général des impôts.

(7) Pour l'appréciation du caractère aisément démontable ou déplaçable d'une structure, il pourra être tenu compte des éléments suivants : – la nécessité de recourir à des compétences ou des outillages professionnels ; – le coût total de l'opération de déplacement ou de démantèlement par rapport au coût des éléments démontés ou déplacés ; – le temps nécessaire à l'opération de démantèlement ou de déplacement ; – le fait que les opérations de démantèlement ou de démontage entraîneraient la destruction ou une réduction considérable de la valeur de l'immeuble ou de la construction. La Cour de justice de l'Union européenne a jugé, s'agissant d'éléments préfabriqués fixés au sol, que la notion de bien immeuble ne suppose pas que les immeubles ou constructions soient indissociablement incorporés au sol (CJCE, 16 janv. 2003, aff. C-315/00, *Rudolf Maierhofer,* ECLI:EU:C:2003:23). La Cour a également jugé que la location d'une péniche fixée à la berge, sur un emplacement délimité et identifiable, au moyen d'attaches non aisément amovibles et qui est exclusivement affectée à l'exploitation d'un restaurant discothèque sur cet emplacement constitue une prestation de location d'un bien immeuble (CJUE, 15 nov. 2012, aff. C-532/11, *Susanne Leichenich,* ECLI:EU:C:2012:720).

(8) CJCE, 7 sept. 2006, aff. C-166/05, *Heger Rudi GmbH,* ECLI:C:2006:533.

Ensuite, selon le pays d'origine du vendeur, celui-ci peut bénéficier de mesures favorables qui l'exonèrent de la taxe sur la plus-value immobilière **(§ I)** ou lui permettent de ne pas payer cette taxe si certaines conditions sont réunies **(§ II)**. Enfin, une récente disposition est venue compléter l'arsenal législatif par une exonération spéciale à l'attention des expatriés **(§ III)**.

§ I Les dérogations liées à l'application des conventions fiscales

4017 Le notaire a le devoir d'informer le vendeur sur les conditions de déclaration et de paiement de la taxe sur la plus-value en France et dans son pays de résidence fiscale. À défaut, il pourra lui être reproché de ne pas avoir accompli pleinement son devoir de conseil et sa responsabilité pourra être engagée. C'est la position adoptée par la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 15 janvier 2015 (9) : le notaire doit informer et conseiller les parties notamment sur les conséquences fiscales de la vente. Dans cette affaire, un couple de nationalité française devenu résident fiscal en Suède a vendu son ancienne résidence principale située en France. S'il a bénéficié de l'exonération de taxe sur la plus-value immobilière en vertu de l'article 150 U, II-2° du Code général des impôts, ce couple a été taxé en Suède au titre de la plus-value immobilière réalisée en France. Les vendeurs ont reproché au notaire de ne pas les avoir informés de cette éventuelle taxation avant la vente, en avançant l'argument qu'ils n'auraient pas conclu la vente ou, tout au moins, pas aux mêmes conditions, s'ils avaient été informés de cette situation.

La plupart des conventions fiscales signées par la France excluent la double imposition en la matière. La taxe devra alors être déclarée en France seulement. Dans d'autres pays, selon le taux d'imposition pratiqué en France et dans cet autre État, le vendeur devra acquitter un complément de taxe si le montant déjà payé en France est inférieur à celui qui aurait été payé si la vente avait eu lieu dans son pays d'origine. C'est une situation que connaissent les ressortissants du Royaume-Uni. La liste des conventions fiscales figure dans le *BOFiP*. La méthodologie d'utilisation de ces conventions fiscales a déjà été détaillée (V. *supra*, n° 2481).

Il y a cependant des pays avec lesquels il n'existe pas de convention fiscale en matière d'imposition sur les revenus. Dans cette hypothèse, le vendeur devra acquitter une taxe sur la plus-value immobilière en France et dans son pays de résidence fiscale. C'est le cas par exemple du Danemark.

Le Code général des impôts comprend des dérogations que le notaire ne doit pas éluder.

§ II Les dérogations liées à une résidence fiscale antérieure en France

4018 L'article 150 U, II-2° du Code général des impôts prévoit une exonération partielle spécifique pour les non-résidents qui réalisent une plus-value au titre de la vente d'un logement situé en France. Cette exonération est possible dans la limite d'une résidence par contribuable et pour un maximum de 150 000 € de plus-value nette imposable. Certaines conditions cumulatives doivent être remplies pour qu'elle s'applique :

1. que le vendeur ait été fiscalement domicilié en France de manière continue pendant au moins deux ans à un moment quelconque antérieurement à la vente ;
2. que la vente soit régularisée au plus tard le 31 décembre de la dixième année suivant celle du transfert par le vendeur de son domicile fiscal hors de France ou, sans condition

(9) Cass. 1re civ., 15 janv. 2015, n° 14-10.256.

de délai, lorsque le vendeur a la libre disposition du bien au moins depuis le 1er janvier de l'année précédant celle de la cession ;
3. que le vendeur n'ait pas mis le bien vendu à la disposition de tiers, à titre gratuit ou onéreux, entre le transfert du domicile fiscal hors de France et la vente ;
4. que le vendeur soit ressortissant de l'Union européenne.

§ III L'exonération de la dernière résidence principale en France

4019 Au cours de l'année 2018, une réflexion a été engagée à l'Assemblée nationale afin de ne plus pénaliser les expatriés français qui vendent un bien immobilier après être devenus non résidents et ne bénéficiaient donc pas de l'exonération de l'article 150 U du Code général des impôts, bien que le bien vendu eût constitué leur résidence principale jusqu'à leur départ à l'étranger.

Dans la loi de finances adoptée en 2018 pour l'exercice 2019, une modification de l'article 244 *bis* A du Code général des impôts a été introduite : les non-résidents bénéficient d'une exonération totale de la plus-value de cession de leur dernière résidence principale française. Pour cela, les conditions cumulatives suivantes doivent être remplies :
1. ce bien doit avoir été la résidence principale en France du contribuable à la date du transfert de son domicile fiscal hors de France ;
2. la cession doit être réalisée au plus tard le 31 décembre de l'année suivant celle du transfert du domicile fiscal hors de France.

Il convient de rappeler que les deux régimes d'exonération énoncés ci-dessus ne peuvent pas être cumulés. En d'autres termes, si un contribuable non résident a bénéficié de l'exonération totale lors de la cession de sa dernière résidence principale française, il ne pourra pas solliciter le bénéfice d'une exonération partielle lors de la vente d'un autre bien immobilier situé en France. À l'inverse, en cas d'exonération partiellement obtenue au titre du régime développé ci-dessus, le non-résident ne pourra pas invoquer l'exonération totale de taxe sur la plus-value immobilière lors de la vente de sa dernière résidence principale.

Sous-section III La désignation d'un représentant fiscal

4020 Les vendeurs non résidents doivent en principe désigner un représentant fiscal. Il existe néanmoins des dérogations légales si certains critères sont réunis.

§ I Le principe : l'obligation de désigner un représentant fiscal

4021 En principe, selon l'article 244 *bis* A du Code général des impôts, tout vendeur non résident fiscal en France doit désigner un représentant fiscal lors de la vente d'un immeuble situé en France pour les opérations entrant dans le champ de cet article. Cette règle s'applique aux personnes physiques et aux sociétés et groupements vendeurs de biens immobiliers en France. Le représentant se porte garant vis-à-vis de l'État français pour le prélèvement de l'impôt dû lors de la vente immobilière. En cas de contrôle exercé ultérieurement par les services fiscaux, le représentant fiscal sera responsable pour le paiement d'un complément d'impôt et de pénalités. Le défaut de désignation entraîne l'impossibilité de publier la vente au service de publicité foncière, sauf dérogation légale.

Ce représentant doit être accrédité par l'administration fiscale, de façon ponctuelle ou permanente. Lors de l'accréditation, il est vérifié si la personne physique ou morale désignée

pourra remplir les obligations de déclaration et de paiement de l'impôt. La moralité fiscale et la solvabilité sont vérifiées.

Peuvent être ponctuellement autorisés à exercer cette fonction :
1. l'acquéreur, s'il est fiscalement domicilié en France ;
2. les banques et établissements de crédit exerçant leur activité en France ;
3. toute personne que l'administration fiscale autorise à devenir représentant fiscal à titre ponctuel ou permanent.

Il est ici rappelé qu'un notaire ou un avocat ne peuvent pas être désignés comme représentant fiscal au sens de l'article 244 *bis* A du Code général des impôts.

La désignation du service compétent pour délivrer l'agrément dépend du lieu de situation de l'immeuble et des droits immobiliers. En cas de cession de parts sociales ou d'actions, cela dépend du lieu du siège social de la société concernée.

Certaines sociétés ont obtenu un agrément permanent. La liste figure dans le *BOFiP* (10).

4022 Néanmoins, depuis le 1er janvier 2015 (11), les vendeurs résidents fiscaux d'un pays de l'Union européenne ou d'un pays membre de l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale et une convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement de l'impôt ne subissent plus cette contrainte. L'obligation de désignation du représentant fiscal concerne donc en principe les ressortissants de pays tiers à l'Union européenne et non membres de l'accord sur l'Espace économique européen.

Il est à noter que le Liechtenstein n'est pas lié à la France par une convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement d'impôt, donc ses ressortissants doivent également désigner un représentant fiscal.

Il en va de même pour les vendeurs résidents des pays et territoires d'outre-mer, qui sont associés à l'Union européenne mais pas intégrés. Les personnes physiques ou morales domiciliées, constituées ou établies en Nouvelle-Calédonie, Saint-Pierre-et-Miquelon, Polynésie française, Wallis-et-Futuna, Saint-Barthélemy, dans les Terres australes et antarctiques françaises doivent désigner un représentant fiscal.

Le représentant fiscal doit représenter le vendeur en cas de contrôle de la déclaration de taxe sur la plus-value immobilière par l'administration fiscale, qui dispose d'un délai de trois ans pour cela.

Le législateur a cependant prévu des situations dans lesquelles les vendeurs échappent à cette obligation.

§ II Les dérogations légales

4023 Si certains critères sont réunis, les vendeurs non résidents peuvent être dispensés de désigner un représentant fiscal.

A/ Dispense si le prix est inférieur ou égal à 150 000 €

4024 Le législateur a prévu une dispense automatique de la désignation d'un représentant accrédité si le prix de vente est inférieur ou égal à 150 000 €. En cas de vente par plusieurs

(10) BOI-RFPI-PVINR-30-20-20180606, n° 150.
(11) Conformément à l'article 244 *bis* A du Code général des impôts, dans sa rédaction issue de l'article 62 de la loi de finances rectificative pour 2014 n° 2014-1655 du 19 décembre 2014.

personnes physiques, le seuil est appliqué par cédant. Ainsi, en cas de vente par une indivision, il faut prendre en compte la quote-part de chaque cédant pour s'assurer si elle est inférieure ou égale à 150 000 €. La même règle s'applique en cas de démembrement de propriété. En revanche, en présence d'un couple marié, c'est la totalité du prix de cession qui est prise en considération, quel que soit le régime matrimonial.

Il est à noter que si le prix de vente comprend les honoraires d'un intermédiaire, ceux-ci seront pris en compte pour le calcul du seuil de 150 000 €.

Inversement, si le prix de vente s'applique à des biens immeubles et des biens meubles, la valeur de ces derniers doit être soustraite pour l'appréciation du seuil de 150 000 €.

Si le vendeur est une société dont certains associés sont non-résidents, il faut calculer le seuil de 150 000 € en additionnant les quotes-parts de ces associés non-résidents personnes physiques ou morales, qu'ils soient ou non imposables à la taxe sur la plus-value immobilière.

Dans le cadre d'une cession de parts sociales, il convient de s'appuyer sur la valeur vénale des actifs immobiliers détenus par la société pour déterminer s'il faut ou non désigner un représentant fiscal. Si le cédant détient une valeur d'actifs supérieure à 150 000 €, il devra obtenir la garantie d'un représentant fiscal. La quote-part du cédant prise en compte doit être calculée en fonction de sa participation dans le capital social.

B/ Dispense selon la durée de détention de l'immeuble ou des droits immobiliers

Si la durée de détention du cédant de son immeuble ou de ses droits immobiliers lui permet d'être exonéré de taxe sur la plus-value immobilière selon les modalités de l'article 150 VC du Code général des impôts, il sera également dispensé de désigner un représentant fiscal. **4025**

Section II Les incidences fiscales pour l'acquéreur

L'acquéreur personne physique doit acquitter les mêmes taxes que les résidents français lors de l'acquisition d'un bien ou de droits immobiliers situés en France. Le notaire pourra lui expliquer son rôle de collecteur d'impôts en tant qu'officier ministériel et lui détailler les diverses taxes auxquelles il sera soumis pendant la détention du bien. Si ce sont les mêmes que celles des résidents français, il convient néanmoins de ne pas omettre d'informer l'acquéreur sur ses obligations de déclarations fiscales ultérieures **(Sous-section I)**. Ensuite, selon la valeur du bien détenu, le propriétaire non résident peut être soumis à l'impôt sur la fortune immobilière, régime d'imposition peu connu à l'étranger **(Sous-section II)**. **4026**

Sous-section I L'imposition classique de l'acquéreur non résident

Il n'existe aucune particularité liée à la situation de non-résidence fiscale en matière d'acquisition immobilière. **4027**

L'imposition de l'acquisition immobilière est en effet réalisée au moyen d'une taxe de publicité foncière et d'une contribution de sécurité immobilière qui sont régies par la loi du lieu de situation de l'immeuble, conformément au décret n° 55-22 du 4 janvier 1955. Selon ce décret, toute cession de bien immobilier de droits immobiliers situés en France est soumise à publicité foncière en France. **4028**

Néanmoins, selon le pays de résidence de l'acquéreur, le notaire peut l'informer qu'il doit vérifier dans son pays d'origine si la détention d'une propriété en France sera soumise à une imposition particulière, que l'immeuble dégage des revenus ou non. Dans certains pays, il existe un impôt sur la fortune qui peut prendre en compte les immeubles situés à l'étranger. De même, en France, selon la valeur nette de l'immeuble, l'acquéreur peut être soumis à l'impôt sur la fortune immobilière analysé par la deuxième commission.

Sous-section II L'imposition sur la fortune immobilière

4029 Les personnes qui ne sont pas fiscalement domiciliées en France bénéficient d'un régime particulier pour l'imposition sur la fortune immobilière. Il est analysé par la deuxième commission (V. *supra*, n^{os} 2523 et s.).

CHAPITRE III La forme de l'avant-contrat

4030 Lorsque deux parties envisagent de conclure une vente immobilière, elles signent au préalable un avant-contrat de vente pour s'accorder sur l'objet, le prix et les charges et conditions de la vente. C'est du moins l'usage en France, où la loi organise un certain nombre d'informations de l'acquéreur à ce stade ; le délai de rétractation qui sera spécialement analysé plus loin (V. *infra*, n° 4101), en particulier, a besoin de cette première étape préalable à la signature de l'acte définitif.

Le notaire français doit avoir à l'esprit, lorsqu'il conseille des clients étrangers, que ce séquençage du processus de la vente immobilière n'est pas partagé partout dans le monde. Il devra donc expliquer tout particulièrement le sens et la nécessité de cet acte.

Le notaire devra aussi expliquer à ses clients que cet avant-contrat peut revêtir soit la forme d'une promesse unilatérale, soit celle d'une promesse synallagmatique de vente. Chacune de ces formes d'avant-contrat rassemble d'ardents défenseurs dans un débat auquel participent tant la doctrine que les praticiens. Ceux-ci s'interrogent régulièrement sur l'opportunité de choisir l'une ou l'autre des deux formes. Cette question juridique classique a été récemment renouvelée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations.

4031 La réforme du droit des obligations instaurée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 avait pour objectif « de moderniser, de simplifier, d'améliorer la lisibilité, de renforcer l'accessibilité du droit (...) commun des contrats, du régime général des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme » (12). Sans revenir sur les nombreux débats et l'intervention des plus hautes autorités doctrinales qui ont précédé l'élaboration de ce texte, il est intéressant dans le cadre des travaux du présent Congrès de relever que les juristes ont alimenté leurs réflexions par la consultation des législations étrangères, notamment des codes publiés depuis le Code civil tels que le BGB allemand (1901) ou le Code civil espagnol (1888) et d'autres codes publiés peu de temps auparavant au Portugal (Code de 1868 remanié en 1995), au Québec (1994) et aux Pays-Bas (1992). Des travaux réalisés à l'initiative des instances européennes par diverses commissions ont aussi contribué à bâtir le projet de loi français. Ces travaux ont été initiés

(12) L. n° 2015-177, 16 févr. 2015, habilitant le Gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance, art. 8 ; L. n° 2008-561, 17 juin 2008, portant réforme de la prescription en matière civile.

dans le but de faire évoluer le droit des contrats, le droit de la responsabilité et le régime général des obligations. Il existe aussi un projet de Code européen des contrats qui vise à uniformiser le droit des contrats dans l'Union européenne.

Fruit de ces réflexions, l'ordonnance du 10 février 2016 a profondément modifié le droit français des obligations et tend à changer les pratiques des professionnels du droit. De nouveaux articles ont été introduits dans le Code civil afin de traiter de la phase précontractuelle qui n'était pas codifiée auparavant. Le législateur a ainsi répondu aux attentes de la doctrine, qui souhaitait cette consécration depuis de nombreuses années (13).

Si les promesses synallagmatiques de vente et les promesses unilatérales de vente préparent toutes deux le contrat de vente, elles présentent chacune des avantages. L'exercice qui consiste à les comparer n'est pas nouveau. Il est tout de même intéressant de l'envisager sous l'angle particulier du contexte international, pour savoir si le choix de l'une ou l'autre forme d'avant-contrat est plus opportun en présence d'un élément d'extranéité. Dans cette perspective, il apparaît que la promesse unilatérale de vente présente des avantages indéniables **(Section I)**, d'autant plus lorsqu'elle est authentique, notamment du point de vue de son exécution **(Section II)**.

Section I L'efficacité particulière de la promesse unilatérale de vente dans un contexte international

4032 Lorsque l'une des parties au contrat ne réside pas en France, il est conseillé au notaire de prévoir la signature d'une promesse unilatérale de vente, car le vendeur (promettant) est désormais définitivement engagé, qu'il réitère sa promesse par acte authentique ou non. Cet aspect la distingue de la promesse synallagmatique, qui nécessite une réitération par les deux parties, ce qui peut s'avérer plus compliqué et plus contraignant si le vendeur refuse de signer l'acte de vente. Après un bref rappel des caractéristiques des deux types de promesses **(Sous-section I)**, les avantages indéniables de la promesse unilatérale de vente dans un contexte international seront développés **(Sous-section II)**.

Sous-section I Les caractéristiques principales des promesses unilatérale et synallagmatique sous l'angle international

§ 1 Les atouts de la promesse unilatérale de vente

4033 L'article 1124 du Code civil issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 définit la promesse unilatérale de vente comme « (...) le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire ». La promesse est unilatérale en ce sens que seul le promettant prend l'engagement univoque de vendre. Le bénéficiaire, de son côté, s'engage – il s'agit bien d'un contrat –, mais son engagement n'est pas univoque : il est optionnel. Le bénéfi-

(13) F. Terré (ss dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009. – F. Terré (ss dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité*, Dalloz, 2011. – F. Terré (ss dir.), *Pour une réforme du régime général des obligations*, Dalloz, 2013.

ciaire peut décider d'exercer son droit d'option et donc d'acheter, ou d'y renoncer, au prix de l'indemnisation du promettant. L'indemnité d'immobilisation est, à ce titre, le prix de l'option.

La promesse unilatérale de vente est donc un avant-contrat préparatoire en vue d'un contrat cible, la vente, qui n'est pas encore formé. Un délai est prévu dans l'avant-contrat, pendant lequel le promettant est tenu de maintenir son engagement de vendre au bénéficiaire et de ne pas vendre à un tiers.

La vente est formée par la levée de l'option par le bénéficiaire (même si en pratique c'est souvent la signature de l'acte de vente lui-même qui matérialise la levée de l'option). Les conditions de la vente promise doivent donc être arrêtées avec un maximum de détails dès la promesse, ce qui est logique : l'objet de la promesse est précisément le contrat de vente, qui doit donc être déterminé avec soin.

Les conséquences du défaut de signature des parties doivent également être prévues dans la promesse. Si le bénéficiaire décide de ne pas lever l'option, aucune défaillance ne pourra lui être imputée. Il devra simplement se libérer de son obligation de verser l'indemnité d'immobilisation, prix de son droit d'option. Le contrat de vente ne sera pas conclu et les deux parties seront automatiquement rétablies dans la situation juridique antérieure à la signature de la promesse de vente.

4034 Inversement, le promettant est définitivement engagé dès la signature de la promesse de vente : selon l'article 1124, alinéa 2 du Code civil, « la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis ».

En d'autres termes, même si le promettant révoque son engagement après avoir signé une promesse unilatérale de vente, la vente est parfaite. Le vendeur non résident ne pourra pas tirer argument de son éloignement géographique pour refuser de vendre dans le délai prévu : si le bénéficiaire de la promesse lève l'option, la vente est formée. C'est ce qui permet de soutenir aujourd'hui que l'on pourrait imaginer que la levée d'option suffise à constater la vente, sans qu'il soit nécessaire de recueillir à nouveau les signatures des deux parties, en particulier celle du vendeur – on y reviendra. Il s'agit là de la différence fondamentale entre les deux types de promesses de vente.

§ II La promesse synallagmatique de vente moins adaptée à l'international

4035 L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ne comprend pas d'article définissant la promesse synallagmatique de vente. Celle-ci demeure évoquée simplement par l'article 1589 du Code civil selon lequel : « La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix ». En d'autres termes, si les deux parties s'accordent réciproquement sur l'objet du contrat préparatoire de la vente et sur le prix qui devra être payé par l'acquéreur, la vente est formée dès la signature de cet avant-contrat.

La jurisprudence de la Cour de cassation est constante en la matière (14) : la promesse synallagmatique vaut vente et les parties sont engagées dès la signature de l'acte, sauf si elles ont souhaité soumettre leur engagement définitif à la réalisation d'un événement ultérieur, tel que la réitération de la promesse par acte authentique. Or généralement les parties prévoient justement que la vente ne sera formée que si certaines conditions suspensives sont réalisées : l'obtention du financement ou d'une autorisation administrative, la renonciation

(14) Cass. 3e civ., 11 juin 1992 : *Bull. civ.* 1992, III, n° 206.

à un droit de préemption. La réitération de la vente elle-même peut aussi constituer une condition de la réalisation de la vente, ainsi qu'il résulte d'un arrêt de la Cour de cassation du 12 avril 2018 (15). On comprend bien que de telles conditions sont nécessaires : à défaut, quel sens y aurait-il à signer un avant-contrat qui « vaudrait vente » plutôt qu'une vente, tout simplement ? Mais la contrepartie de ce mécanisme est qu'il suppose une réitération, c'est-à-dire la signature effective, par les deux parties, d'un acte définitif.

Si toutes les conditions ne sont pas satisfaites à la date prévue pour la réitération, les parties peuvent décider de prolonger la promesse d'un commun accord jusqu'à la réalisation de toutes les conditions suspensives. À défaut, la promesse synallagmatique devient caduque de plein droit et les parties sont libres de tout engagement si un terme « extinctif » est prévu dans la promesse. Si le terme de réalisation prévu dans l'avant-contrat constitue la date à partir de laquelle la partie victime de la défaillance de son cocontractant peut le mettre en demeure de réaliser la vente, une mise en demeure devra être adressée par le notaire. Par mesure de précaution, celui-ci devra rechercher l'équivalent de l'huissier de justice français pour que la démarche soit officiellement effectuée dans le pays de résidence de la partie à convoquer.

Le coin du praticien

Les huissiers de justice se sont organisés en une union internationale dont les éléments de contact sont les suivants : UIHJ, 43 rue de Douai 75009 Paris – France. Tél. : +33 (0)1 49 70 12 87 ; Fax : +33 (0)1 49 70 15 87 ; www.uihj.com uihj@uihj.com.

Il existe des huissiers en Allemagne (*Gerichtsvollzieher*), Autriche, Belgique, Bulgarie, Danemark, Espagne (*procuradores*), Estonie, Finlande (huissiers et « adjoints »), Grèce, Hongrie, Irlande (*sheriffs* ou *registrars*, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Roumanie, Slovénie, République slovaque, République tchèque, Royaume-Uni, Angleterre, Pays de Galles et Écosse (*bailiffs*), Suède. À Chypre, les huissiers signifient les actes.

Si l'une des parties refuse de signer l'acte de vente en dépit de la réalisation de toutes les conditions suspensives, l'article 1217 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 prévoit que la partie qui le souhaite peut poursuivre la résolution du contrat ou solliciter l'exécution en nature et demander le versement de dommages et intérêts. Cela nécessite une procédure judiciaire. Si le vendeur ou l'acquéreur réside à l'étranger, il sera convoqué à un rendez-vous fixé chez le notaire par un huissier ou son équivalent dans son pays d'origine. Un procès-verbal de carence sera établi par le notaire puis envoyé chez l'avocat de la partie plaignante pour que débute une procédure en justice.

Si la partie défaillante est responsable de la non-réitération de la vente, elle peut être poursuivie pour le paiement de la clause pénale fixée dans la promesse, conformément à l'article 1231-5 du Code civil.

L'intervention du juge ne peut être évitée que si les parties parviennent à trouver un accord sur les modalités de résolution du contrat ou si une clause résolutoire s'applique de plein droit. Dans un contexte international, une telle situation peut s'avérer complexe à gérer et très coûteuse si l'une des parties veut faire exécuter la promesse de vente.

En particulier, si le vendeur refuse de réitérer son engagement de vendre, l'acquéreur devra obtenir une décision judiciaire favorable. À la différence de la promesse unilatérale de vente,

(15) Cass. 3e civ., 12 avr. 2018, nº 17-14.187, arrêt évoqué *in* C. Guilloteau-Palisse, *LexisNexis 360 Notaires, fiches pratiques*, nº 2175, *Défaillance d'une partie à une promesse synallagmatique de vente*.

la vente ne pourra pas être considérée comme formée si elle n'est pas réitérée par acte authentique. Seul un juge pourra constater la réalisation de la vente.

Dans l'hypothèse où l'acquéreur non résident ne se présente pas chez le notaire pour signer l'acte de vente alors que toutes les conditions sont réalisées, le vendeur devra le faire convoquer par voie d'huissier dans son pays d'origine, avec les implications de délai et de coût que cela implique. Bien souvent, le vendeur souhaite y renoncer, mais il est alors difficile d'établir que la vente est caduque de plein droit et délicat de s'engager à vendre à un autre acquéreur sans que le premier confirme sa renonciation ou son impossibilité d'acquérir.

L'établissement de l'une ou l'autre des parties à l'étranger rend l'exécution de la promesse synallagmatique de vente très délicate en cas de défaut de l'une ou l'autre des parties. Le choix d'une forme de promesse unilatérale peut s'avérer plus efficace dans un contexte international.

Sous-section II L'option en faveur d'une promesse unilatérale de vente dans un contexte international

4036 Face à la difficulté d'exécuter une promesse synallagmatique en présence d'une partie récalcitrante à l'étranger, on ne peut qu'apprécier les vertus de la souplesse de la promesse unilatérale dans le contexte international, indépendamment des autres termes du débat bien connu entre les deux formes d'avant-contrat.

Cette souplesse est tout d'abord sensible en cas de défaillance du bénéficiaire : s'il ne lève pas l'option dans le temps donné, le promettant retrouve immédiatement la possibilité de remettre le bien en vente. Dans le contexte international plus qu'ailleurs, l'argument selon lequel il est préférable pour le vendeur de reprendre sa liberté plutôt que de devoir agir en exécution selon les modalités complexes évoquées à l'instant peut porter. Le temps nécessaire pour obtenir justice dans ce contexte justifie que l'on privilégie la liberté de revendre, quitte à poursuivre l'exécution d'une obligation de payer, au demeurant plus simple, le temps qu'il faudra.

Mais l'intérêt principal de la promesse unilatérale réside désormais dans l'avantage qu'elle présente en cas de défaillance du promettant.

En effet, depuis le 1er octobre 2016, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance précitée, la levée d'option forme le contrat de vente. Il est dès lors permis de penser que le notaire pourrait constater la réalisation de la vente en recevant simplement un acte constatant la levée de l'option par le bénéficiaire. Bien entendu, il n'est pas question ici de prétendre renoncer systématiquement à la signature du vendeur : sa participation demeure utile et souhaitable pour quittancer le prix et pour constater avec l'acquéreur la réalisation des conditions suspensives. Néanmoins, son engagement est considéré comme ayant été formé lorsqu'il a signé la promesse de vente. Il n'est en principe pas absolument indispensable de recueillir sa signature pour constater la formation de la vente.

Dans le contexte international, il peut arriver que le vendeur ait quelques difficultés à se déplacer, voire à donner pouvoir dans les formes requises, pour signer l'acte de vente. La latitude offerte par la promesse unilatérale pourrait de ce point de vue simplifier l'organisation matérielle de la signature. On pourrait imaginer d'anticiper cette situation en prévoyant expressément dans la promesse de vente les modalités de la levée de l'option valant vente, sans la signature du promettant.

Mais, on l'a compris, c'est bien d'autre chose qu'il s'agit en réalité : plus qu'une solution simplificatrice, la promesse unilatérale offre désormais un atout majeur en termes d'exécution.

Section II L'exécution efficace de la promesse unilatérale de vente authentique

4037 S'il ne respecte pas ses engagements, le promettant pourra être contraint de vendre. L'article 1124 du Code civil issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 a simplifié l'exécution de la promesse unilatérale de vente en disposant que : « La révocation de la promesse [par le promettant] pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis ». Les notaires ont depuis longtemps prévu des clauses d'exécution forcée dans les promesses sous seing privé qu'ils rédigent. La Cour de cassation a validé ces clauses à maintes reprises, mais celles-ci ne dispensent pas les acquéreurs de demander l'exécution forcée de la vente en justice. Le bénéficiaire de la promesse pourra intenter une action judiciaire afin d'obtenir des dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1217 du Code civil pour poursuivre l'exécution forcée de la vente. Si un autre contrat a été conclu en violation de la promesse unilatérale, le bénéficiaire de la promesse sera fondé à en demander la nullité. Néanmoins, si au moins l'une des parties ne réside pas en France, le processus est long et compliqué à mettre en œuvre car il faut signer un procès-verbal de carence puis déposer une requête judiciaire. Les démarches de notifications et convocations doivent être effectuées à l'étranger, ce qui peut être long et onéreux. Mais, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, il ne semble plus nécessaire de passer par la voie judiciaire.

4038 L'acte de levée d'option peut être défini comme l'acte unilatéral par lequel le bénéficiaire d'une promesse déclare qu'il acquiert le bien objet de la promesse de vente aux conditions prévues par celle-ci. Le bénéficiaire affirme son intention d'acquérir le bien immobilier selon les conditions proposées par le promettant vendeur. On l'a dit, cet acte forme le contrat de vente puisqu'il cristallise la rencontre des volontés du vendeur et de l'acquéreur. Lors de la levée d'option, le bien immobilier objet de la promesse de vente est muté au profit du bénéficiaire. Si elle est constatée par acte authentique, elle pourra être publiée au fichier immobilier, conformément à l'article 4 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 (16).

La décision du bénéficiaire de la promesse de se porter acquéreur aux conditions mentionnées dans la promesse de vente est insérée dans un contrat authentique de vente. Dans cet acte, la délivrance du bien immobilier est constatée et le paiement du prix au vendeur est quittancé par celui-ci. La promesse unilatérale de vente (qui est aisément authentique, forme particulièrement conseillée dans la présente hypothèse) et l'acte authentique constatant la levée d'option qui la complète peuvent sans difficulté être publiés au service de la publicité foncière (17), quand bien même le vendeur défaillant resterait éloigné, à l'étranger, rendant les voies d'exécution judiciaire plus longues et plus coûteuses.

(16) D. n° 55-22, 4 janv. 1955, portant réforme de la publicité foncière, art. 4 : « Tout acte sujet à publicité dans un service chargé de la publicité foncière doit être dressé en la forme authentique ».

(17) C. Gijsbers, *La place de l'acte authentique dans la réforme du droit des obligations : JCP* N 28 avr. 2017, n° 17, 1163.

4039

Le coin du praticien

Dans la rédaction de la promesse authentique de vente, il est conseillé au notaire de prévoir que si le vendeur refuse de libérer les lieux et de remettre les clés à l'acquéreur, il devra verser une indemnité d'occupation forfaitaire assortie d'une astreinte. Cette indemnité, comme d'ailleurs la clause pénale ou l'engagement de payer l'indemnité d'immobilisation pour le bénéficiaire, peut justifier l'établissement d'un titre exécutoire européen.

SOUS-TITRE II

La loi applicable au contrat de vente

CHAPITRE I La détermination de la loi applicable au contrat

4040 La détermination de la loi applicable dans un contrat présentant un élément d'extranéité obéit aujourd'hui aux règles posées par le règlement (CE) nº 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « règlement Rome I » (18).

Succédant à la Convention de Rome du 19 juin 1980 (19), cet instrument est le fruit du processus de communautarisation du droit international privé. Transférant la coopération judiciaire en matière civile du troisième pilier intergouvememental du Traité sur l'Union européenne (Justice et affaires intérieures) vers un nouveau pilier du Traité CE intitulé « Visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes », le traité d'Amsterdam accorde en effet au Conseil le pouvoir d'adopter des mesures communautaires, des directives et des règlements, pour la mise en place progressive d'un « espace de liberté, de sécurité, et de justice ».

Comme d'autres règlements communautaires, le règlement Rome I a été adopté sur le fondement des articles 61 c) (renvoyant à l'article 65 TCE) et 67 TCE (devenus les articles 67, 4º, et 81 TFUE depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne) conférant aux institutions communautaires le pouvoir d'adopter des instruments communautaires visant à « favoriser la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflit de lois et de compétence, dans la mesure du bon fonctionnement du marché intérieur ».

Il s'applique aux contrats conclus à compter du 17 décembre 2009, la convention de Rome demeurant applicable aux contrats conclus entre le 1er avril 1991 et le 17 décembre 2009, et son interprétation relève de la compétence de la Cour de justice de l'Union européenne qui peut être saisie par voie de questions préjudicielles posées par les juridictions nationales (20) (convention de Rome). Alors que la convention de Rome avait fait l'objet d'un rapport explicatif établi par deux négociateurs de la convention, MM. Giuliano et Lagarde (21), le règlement ne dispose pas de rapport officiel. Il reste possible, ceci étant, de

(18) *JOUE* nº L 177, 4 juill. 2008
(19) *JOCE* nº L 266, 9 oct. 1980.
(20) La Cour de justice était déjà compétente pour interpréter la convention de Rome depuis l'entrée en vigueur le 1er août 2004 de deux protocoles du 19 décembre 1988.
(21) *JOCE* nº C 282, 31 oct. 1980.

se référer aux quarante-six considérants de son exposé des motifs, dont la valeur normative reste à déterminer (22).

Tous les États membres, à l'exception du Danemark qui n'a pas manifesté sa volonté d'être lié par le règlement (23), sont tenus de l'appliquer. En revanche, rien ne s'oppose à ce que la loi applicable en vertu du règlement soit la loi danoise, dès lors que cet instrument revêt un caractère universel et qu'il est applicable, que ses règles de rattachement désignent la loi d'un État membre ou celle d'un État tiers.

Comme la convention de Rome, le règlement Rome I s'applique aux obligations contractuelles en matière civile et commerciale « dans les situations comportant un conflit de lois » (art. 1er, § 1). De telles situations se présentent lorsque leurs éléments se localisent dans différents États. Ainsi en est-il, s'agissant d'un contrat de vente immobilière, lorsqu'un immeuble est acquis en France alors que l'une des parties contractantes ou les deux ne résident pas en France, ou encore lorsqu'un immeuble est acquis à l'étranger par un ressortissant français. Mais le conflit de lois peut naître de la seule volonté des parties. Le règlement, comme la convention de Rome, admet son application lorsque les parties à un contrat purement interne ont formulé une clause de choix de loi. L'expression de cette volonté suffit à générer un conflit de lois et donc à satisfaire la condition d'application du règlement, qui n'exige pas, par ailleurs, une situation objectivement internationale. En revanche, la portée de l'autonomie de la volonté reste en ce cas limitée (V. *infra*, no 4097).

Le règlement ne s'applique pas « aux matières fiscales, douanières et administratives » et exclut de son champ d'application une série de questions énumérées à l'article 1er, § 2 :
- l'état et la capacité juridique des personnes physiques, sous réserve de l'article 13 ;
- les obligations découlant des relations de famille ou des relations réputées avoir, en vertu de la loi applicable, des effets comparables, y compris les obligations alimentaires ;
- les obligations découlant des régimes matrimoniaux, des régimes patrimoniaux relatifs aux relations qui, selon la loi qui leur est applicable, ont des effets comparables au mariage et aux successions ;
- les obligations nées des lettres de change, chèques, billets à ordre ainsi que d'autres instruments négociables, dans la mesure où les obligations nées de ces autres instruments négociables dérivent de leur caractère négociable ;
- les conventions d'arbitrage et d'élection de *for* ;
- les questions relevant du droit des sociétés, associations et personnes morales, telles que la constitution, par enregistrement ou autrement, la capacité juridique, le fonctionnement interne et la dissolution des sociétés, associations et personnes morales, ainsi que la responsabilité personnelle légale des associés et des agents pour les dettes de la société, association ou personne morale ;
- la question de savoir si un représentant peut engager, envers les tiers, la personne pour le compte de laquelle il prétend agir ou si un organe d'une société, d'une association ou d'une personne morale peut engager, envers les tiers, cette société, association ou personne morale ;

(22) S. Lemaire, *Sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I : D.* 2008, p. 2157.

(23) Le Protocole no 3 du traité d'Amsterdam indiquait que le Royaume-Uni et l'Irlande n'étaient pas tenus par les dispositions du titre IV du traité (art. 65), non plus que par les textes adoptés en application de ce titre sauf déclaration en sens contraire ; et le Protocole no 4 disposait que le Danemark n'était pas tenu par ces mêmes textes sauf à se prononcer en sens contraire, ce que le Danemark n'a pas fait. Or le règlement Rome I est précisément un texte pris en application du titre IV du TCE (art. 65, devenu art. 81 TFUE) ; on constate alors que l'Irlande a souhaité dès l'adoption du règlement être soumise à ce texte (V. consid. 44), et que le Royaume-Uni a manifesté la même intention par une lettre adressée au Conseil dès le 24 juillet 2008.

- la constitution des *trusts* et les relations qu'ils créent entre les constituants, les *trustees* et les bénéficiaires ;
- les obligations découlant de transactions menées avant la conclusion d'un contrat (24) ;
- les contrats d'assurance découlant des activités menées par des organismes autres que les entreprises visées à l'article 2 de la directive 2002/83/CE du 5 novembre 2002 concernant l'assurance directe sur la vie, ayant pour objet de verser des prestations à des personnes salariées ou à des personnes indépendantes faisant partie d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises, en cas de décès, en cas de vie, en cas de cessation ou de réduction d'activités, en cas de maladie professionnelle ou d'accident du travail ;
- la preuve et les questions de procédure.

Ces remarques préliminaires étant faites, reste à examiner les critères de rattachement contenus dans le règlement pour la détermination de la loi applicable **(Section I)**, ainsi qu'à définir le domaine de la loi applicable **(Section II)**.

Section I La détermination de la loi applicable

4041 Le contrat est le lieu par excellence de l'autonomie de la volonté. La jurisprudence du début du XX^e^ siècle affirmait déjà que : « La loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée » (25). Ce principe, généralement admis par les États membres de l'Union et les conventions internationales existantes, a été repris par la convention de Rome, puis par le règlement Rome I. Ces deux instruments accordent une large place à l'autonomie de la volonté, qui est « l'une des pierres angulaires du système de règles de conflit de lois en matière d'obligations contractuelles » (Exposé des motifs, consid. 11). Les parties peuvent donc choisir la loi applicable à leur contrat **(Sous-section I)**. Mais si elles n'ont manifesté aucune intention quant à la loi applicable, des rattachements subsidiaires sont prévus **(Sous-section II)**. Des rattachements spéciaux sont prévus pour certaines catégories de contrats afin de protéger la partie faible au contrat **(Sous-section III)**. Le règlement, comme la convention, contient par ailleurs des mécanismes pouvant parfois bouleverser la mise en œuvre de ces principes **(Sous-section IV)**.

Sous-section I Le choix de la loi applicable par les parties

4042 Dans la lignée de ce qui était prévu par les droits nationaux des États membres, le règlement Rome I, comme la convention, consacre le principe de l'autonomie de la volonté à l'article 3, § 1 : « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties ». La recherche de sécurité juridique et de prévisibilité des solutions, qui constitue l'objectif principal du règlement (consid. 6), explique sans doute la place prépondérante de l'autonomie de la volonté dans le système mis en place. Le choix de la loi applicable s'impose ainsi aux parties et au juge (26) **(§ I)**.

(24) Dès lors, si le règlement ne s'applique pas à la rupture des pourparlers et plus particulièrement à la *culpa in contrahendo* qui relève du règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, il s'applique aux avant-contrats, telle une promesse de vente, précédant la conclusion du contrat final.

(25) Cass. civ., 5 déc. 1910, *American Trading : GAJFDIP*, Dalloz, 5^e^ éd., n° 11.

(26) Cass. 1^re^ civ., 30 mai 2000, n° 98-16.104 : *Bull. civ.* 2000, I, n° 160.

Le choix de la loi applicable n'est pas cependant sans limites. Les paragraphes 3 et 4 de l'article 3 limitent la portée de l'autonomie de la volonté lorsque tous les éléments sont localisés sur le territoire d'un seul État ou sur le territoire de l'Union européenne **(§ II)**.

§1 La consécration de l'autonomie de la volonté

L'article 3 du règlement Rome I apporte des précisions quant aux modalités du choix **(A)**, quant à son objet **(B)** et quant à son moment **(C)**. **4043**

A/ Modalités du choix

L'article 3, § 1 du règlement Rome I indique : « Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat des circonstances de la cause ». **4044**

1/ Le choix peut tout d'abord être exprès

Il s'agira le plus souvent d'une clause de choix de loi applicable insérée dans le contrat, mais on peut concevoir une expression purement orale, sous réserve alors des difficultés de preuve (27). Dans tous les cas, il faut s'assurer du consentement des parties à cette clause de choix. Aux termes de l'article 3, § 5 du règlement Rome I : « L'existence et la validité du consentement des parties quant au choix de la loi applicable sont régies par les dispositions établies aux articles 10, 11 et 13 », articles relatifs à la loi applicable au fond, à la forme et la capacité. Autrement dit, il résulte de l'article 3, § 5 que la clause de choix de loi obéit aux mêmes règles que toutes les autres clauses du contrat. En particulier, sa validité au fond dépendra de la loi choisie. L'article 10, § 1 prévoit en effet que : « L'existence et la validité du contrat ou d'une disposition de celui-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu du présent règlement si le contrat ou la disposition étaient valables ». Le contrat de choix de loi, ou contrat d'*electio juris*, est donc présumé valable *ab initio*, les parties pouvant à bon droit choisir la loi du contrat qui, à son tour, rétroagira pour décider de la validité ou de la nullité de ce contrat (28). **4045**

Quant à la forme, le contrat de choix est valable s'il obéit aux conditions de forme de la loi choisie ou de la loi du lieu de conclusion. Si ce contrat est conclu entre des personnes ou leurs représentants qui se trouvent dans des pays différents au moment de sa conclusion, il est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu du présent règlement ou de la loi d'un des pays dans lequel se trouve l'une ou l'autre des parties ou son représentant au moment de sa conclusion ou de la loi du pays dans lequel l'une ou l'autre des parties avait sa résidence habituelle à ce moment-là (29). Cependant, le paragraphe 5 de l'article 11 contient des dispositions propres pour la forme des contrats ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail. Il peut arriver en effet que la loi choisie par les parties soit autre que la *lex rei sitae*. Dès lors, si tel est le cas, les dispositions impératives de la loi du pays où l'immeuble est situé interviennent si, selon cette loi, elles s'appliquent indépendamment du lieu de conclusion du contrat et de la loi le régissant au fond.

(27) H. Gaudemet-Tallon : *JCl. Europe Traité*, Fasc. 3201, n° 10.
(28) J. Foyer, *Le contrat d'« electio juris » à la lumière de la convention de Rome*, in *L'internationalisation du droit : Mél. en l'honneur du Doyen Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 169 et s.
(29) Règl. Rome I, art. 11, § 2.

S'agissant enfin de la capacité à conclure un contrat de choix de loi, si la question relève des règles de conflit nationales, l'article 13 réserve l'hypothèse d'un contrat conclu entre personnes se trouvant dans un même pays et où une personne physique serait capable selon la loi de ce pays. Dans ce cas, cette personne ne peut invoquer son incapacité résultant de la loi d'un autre pays que si, au moment de la conclusion du contrat, le cocontractant a connu cette incapacité ou ne l'a ignorée qu'en raison d'une imprudence de sa part.

II/ Le choix peut ensuite être tacite

4046 Le choix tacite devra découler « de façon certaine », soit des dispositions du contrat, soit des circonstances de la cause.

Il résultera de façon certaine des dispositions du contrat en cas d'acceptation d'un contrat type ou d'un contrat d'adhésion régi par un système juridique particulier (30), ou encore, en cas de référence à des articles d'un code d'un pays déterminé (31). Mais encore faut-il, dans ce dernier cas, que la référence soit significative d'un choix de loi et que le texte visé ne s'impose pas à un autre titre, notamment en tant que loi de police, ou qu'il porte sur des aspects secondaires de l'opération contractuelle, telle la stipulation d'une clause pénale (32). Ainsi, les références qui peuvent exister dans un acte de vente dressé par un notaire français à des textes de droit français, notamment au Code de la construction et de l'habitation ou au Code de la santé publique pourraient être interprétées comme valant choix implicite de la loi française pour l'ensemble du contrat (33). En revanche, la langue employée pour la rédaction du contrat ou la monnaie choisie ne devrait pas être comprise comme un choix tacite de loi applicable.

4047 Le choix tacite peut résulter ensuite de façon certaine des circonstances de la cause. L'intervention d'un officier public hors de son pays (consul) pourrait faire présumer que les parties ont entendu voir appliquer la loi de l'État dont cette autorité tient ce pouvoir (34). Mais la question du choix tacite se pose généralement au sujet de contrats liés. Le considérant 20 du règlement Rome I indique que les liens entre plusieurs contrats sont à prendre en compte pour faire jouer la clause d'exception et ces liens sont également mentionnés au considérant 21 pour décider du pays qui a les « liens les plus étroits » avec le contrat. La doctrine estime cependant que l'existence de contrats liés ne doit pas conduire systématiquement à les soumettre à la loi choisie pour l'un d'eux et que même si la prévisibilité et la sécurité juridique doivent en souffrir, il convient de laisser aux tribunaux le soin d'apprécier dans chaque espèce si le lien entre deux ou plusieurs contrats justifie ou non de les soumettre à la même loi (35).

La question de la loi applicable au contrat de cautionnement est une illustration des tensions qui peuvent exister entre la loi applicable au contrat principal et la loi applicable au contrat accessoire. À cet égard, avant l'entrée en vigueur de la convention de Rome, la Cour de cassation avait posé pour principe que « le contrat de cautionnement est soumis à sa loi propre », ajoutant toutefois qu'« il y a lieu de présumer, dans le silence de la convention à cet égard, qu'il est régi par la loi de l'obligation garantie » (36). Elle avait ensuite confirmé

(30) H. Gaudemet-Tallon : *JCl. Europe Traité*, Fasc. 3201, n° 10.
(31) B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, Economica, 6e éd. 2013, n° 903.
(32) M.-E. Ancel, P. Deumier et M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, Dalloz, 2017, n° 236.
(33) P. Callé, *La loi applicable au contrat de vente immobilière. - Quid des règles dites impératives ? : JCP* N 2013, 1180.
(34) B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 904.
(35) H. Gaudemet-Tallon : *JCl. Europe Traité*, Fasc. 3201, n° 11.
(36) Cass. 1re civ., 1er juill. 1981, n° 80-11.934 : *Rev. crit. DIP* 1982, p. 336, note P. Lagarde ; *JDI* 1982, p. 148, note P. Bourel. – V. dans le même sens, Cass. 1re civ., 13 avr. 1992, n° 90-16.953 : *Bull. civ.* 1992, I, n° 121. – Cass. 1re civ., 3 déc. 1996, n° 94-18.281 : *Bull. civ.* 1996, I, n° 428.

ce principe sous l'empire de la convention de Rome (37) avant de laisser penser, par un arrêt du 12 octobre 2011, qu'elle avait abandonné l'autonomie conflictuelle du contrat de cautionnement au profit de la soumission à la loi du contrat principal garanti (38). Plus récemment, tout en réaffirmant l'autonomie du contrat de cautionnement, la Cour de cassation a retenu que la loi applicable au contrat principal constituait un indice au moment d'établir le pays des liens les plus étroits avec le contrat de cautionnement (39). L'existence d'un choix tacite en faveur de la loi désignée par les parties au contrat principal ne pourra donc résulter uniquement du caractère accessoire du contrat de cautionnement, mais ce dernier pourra être pris en compte au titre des circonstances de la cause.

L'existence d'un choix tacite peut-elle résulter d'une clause attributive de juridiction ? Le considérant 12 du règlement Rome I prévoit qu'un « accord entre les parties visant à donner compétence exclusive à une ou plusieurs juridictions d'un État membre pour connaître des différends liés au contrat devrait être l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer si le choix de la loi a été clairement énoncé ». La présomption en faveur de la loi de l'État dont les tribunaux ont été désignés qui était initialement prévue par la proposition de la Commission n'a pas été reprise par le règlement. La clause attributive de juridiction constitue simplement un indice au moment d'établir l'existence d'un choix tacite. En revanche, le considérant 12 reste muet sur la valeur d'une clause d'arbitrage.

Quoi qu'il en soit, cette recherche de volonté tacite risque de s'avérer malaisée, la jurisprudence ne se satisfaisant pas d'une volonté simplement implicite (40).

C'est pourquoi, si les parties s'entendent sur l'application d'une loi en particulier, il est important qu'une clause de choix exprès soit insérée au contrat, sans pouvoir s'en tenir à un choix tacite. Dans le cadre du contrat de vente immobilière, elles pourront choisir comme loi applicable à leur contrat une autre loi que la loi du lieu de situation de l'immeuble, mais, dans la mesure où cette loi aura vocation à s'appliquer à de nombreux aspects (V. *infra*, n° 4097), il est souhaitable que les parties ne désignent pas une loi différente. Il appartient donc au notaire d'éclairer les parties sur ce point et de leur conseiller de soumettre le contrat de vente à la loi du lieu de situation de l'immeuble.

B/ L'objet du choix

Comme la convention de Rome, le règlement confère aux parties la liberté de choisir **4048**
n'importe quelle loi, même si elle ne présente aucun lien objectif avec le contrat. Bien que le règlement ne le prévoie pas, on s'accorde à dire cependant que ce choix ne doit pas être entaché de fraude (41).

(37) Cass. 1re civ., 8 juin 2010, nos 08-16.298 et 08-16.485 : *Gaz. Pal.* 2010, n° 309, p. 42, obs. J. Morel-Maroger ; *RD bancaire et fin.* 2011, n° 2, p. 61, obs. A. Cerles ; *Dr. et patrimoine* 2011, n° 202, p. 101, obs. A. Prüm et J.-P. Mattout.

(38) Cass. 1re civ., 12 oct. 2011, n° 10-19.517 : *RDC* 2012, p. 951, note J.-B. Racine ; *JDI* 2012, p. 1335, note V. Parisot.

(39) Cass. 1re civ., 16 sept. 2015, n° 14-10.373 : *Bull. civ.* 2015, I, n° 113 ; *JCP* G 2015, p. 1222, obs. P. Simler, 1188, note P. Berlioz ; *RTD com.* 2015, p. 2356, note L. Abadie et J. Lasserre Capdeville ; *RDC* 1/2016, notes M. Laazouzi et F. Marchadier ; *Rev. crit. DIP* 2016, p. 132, note D. Bureau et H. Muir Watt ; *D.* 2016, p. 1050, obs. H. Gaudemet-Tallon.

(40) Censurant une cour d'appel d'avoir jugé que les parties avaient choisi implicitement la loi allemande dès lors que le contrat était rédigé en allemand et que le prix des prestations était indiqué en allemand, Cass. 1re civ., 12 juill. 2005, n° 02-16.915 : *Bull. civ.* 2005, I, n° 322 ; *JDI* 2006, p. 985, note A. Sinay-Cytermann ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 94, note P. Lagarde ; *D.* 2006, pan. p. 1498, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *Dr. et patrimoine* nov. 2005, p. 113, obs. M.-E. Ancel ; *RDC* 2/2006, p. 503, obs. D. Bureau ; *RD aff. int.* 6/2005, p. 788.

(41) P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 2014, n° 743 ; les articles 3, § 3 et 4, et 9 du règlement limitent cependant la possibilité d'une fraude puisqu'ils réservent l'application des dispositions simplement et internationalement impératives de la loi qui aurait dû normalement être appliquée.

La loi choisie par les parties doit être une loi étatique. Le règlement n'a pas suivi la proposition faite par la Commission en 2005 qui prévoyait au paragraphe 2, alinéa 1, de l'article 3 du règlement Rome I que les parties pouvaient « également choisir comme loi applicable des principes et règles de droit matériel de contrats, reconnus au niveau international ou communautaire », en ajoutant à l'alinéa 2 : « Toutefois, les questions concernant les matières régies par ces principes ou règles et qui ne sont pas expressément tranchées par eux seront réglées selon les principes généraux dont ils s'inspirent, ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable à défaut de choix en vertu du présent Règlement ». Il appartiendra donc à la loi étatique choisie par les parties de dire si, éventuellement, elle intègre dans son ordre juridique les principes Unidroit ou toute autre codification privée qui paraîtrait pertinente. Le considérant 13 du règlement suivant lequel : « Le présent Règlement n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale » reste cependant difficile à interpréter. S'il signifie que les parties peuvent directement se référer à un droit non étatique, il se trouve en contradiction frontale avec l'article 3, § 1. Le considérant 14 ajoute en outre que : « Si la Communauté adopte dans un instrument juridique spécifique des règles matérielles de droit des contrats, y compris des conditions générales et des clauses types, cet instrument peut prévoir que les parties peuvent choisir d'appliquer ces règles ». Certains auteurs estiment que rien ne s'oppose à ce que les parties puissent décider qu'aucune loi ne s'impose à elle ou qu'elles se réfèrent à des règles non étatiques sous réserve de l'application des lois de police du *for* ou même étrangères (42).

L'article 3 du règlement Rome I consacre la possibilité d'un dépeçage en énonçant que par leur choix, « les parties peuvent désigner la loi applicable à totalité ou à une partie seulement de leur contrat ». Théoriquement, les parties peuvent donc soumettre chacun des aspects du contrat (indexation, lésion, résolution pour inexécution...) à une loi différente. En pratique, par souci de cohérence et de respect des ensembles législatifs, il est préférable qu'il ne soit pas procédé à un découpage du contrat et que le tout soit soumis à une même loi. Si les parties soumettent différents aspects du contrat à des lois différentes, elles pourraient se trouver dans une situation inextricable. Ainsi en est-il, par exemple, si elles font régir les obligations de l'une des parties par une loi A et les obligations de l'autre par une loi B et que, selon la loi A, l'inexécution de la première obligation est si grave qu'elle doit provoquer la résolution du contrat tandis que, selon la loi B, l'exécution réciproque reste exigible. Dans ce genre de situations, il a été proposé de considérer que le dépeçage pratiqué par les parties devrait être considéré comme ineffectif et que le juge devrait rechercher la loi objectivement applicable (43). Ces difficultés pourraient être aggravées dans le cadre d'un contrat de vente immobilière dans la mesure où, en cas de choix de loi applicable par les parties, cette loi-là se trouvera déjà en concurrence avec la loi du lieu de situation de l'immeuble. C'est pourquoi il est préférable que les parties soumettent expressément le contrat de vente immobilière à la loi du lieu de situation de l'immeuble.

(42) B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé, op. cit.*, n° 906 qui s'appuient notamment sur la faculté de dépeçage du contrat et sur la possibilité de choisir une loi sans lien avec le contrat ; *contra* P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé, op. cit.*, n° 740 qui considèrent que : « Le Règlement Rome I exclut implicitement la possibilité de soustraire le contrat à toute loi étatique puisque, lorsque les parties n'en ont pas choisi une, le juge doit rechercher et appliquer celle du pays que désigne un critère ou un faisceau de critères objectif ». Ces mêmes auteurs considèrent qu'en cas de désignation de règles non étatiques par les parties, il faudrait appliquer exclusivement la loi objectivement applicable sans rechercher si cette loi autorise les parties à se référer à des règles non étatiques.

(43) P. Lagarde, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 : Rev. crit. DIP* 1991, p. 287, n° 21.

4049 Les modifications de la *lex contractus* choisie par les parties s'imposent-elles à elles ou au contraire y a-t-il pétrification de la loi choisie par les parties ? Il est généralement admis que si la loi choisie vient à être modifiée après la conclusion du contrat et que les dispositions nouvelles sont applicables aux contrats en cours, elles s'appliqueront au contrat (44). Cette solution est justifiée par cette idée que le choix des parties « s'est porté en fait sur un ordre juridique, qui n'est pas une somme de règles existant à un moment donné, mais un système de sources de normes rattaché à un État ; c'est à ce système qu'elles sont soumises » (45). Quant à la possibilité pour les parties de prévoir une « clause de gel » ou « de stabilisation » qui permettrait par exemple d'assurer l'équilibre d'un acte dans lequel aura été pratiqué le dépeçage, la doctrine reste partagée. Certains auteurs ne l'admettent pas et prônent de s'en remettre à la loi objectivement applicable s'il est exceptionnellement démontré que les parties n'ont entendu choisi une loi *que* dans la mesure où elles croyaient pouvoir en geler les règles (46). D'autres estiment qu'il appartient à la loi choisie de dire si une telle clause est valable et d'autres encore proposent, dans le cas où la modification intervenue se veut applicable aux contrats en cours (47), d'écarter la loi choisie – s'il s'agit d'une loi étrangère au *for* – pour contrariété à l'ordre public si la modification bouleverse l'économie du contrat au détriment d'une part (48).

C/ Le moment du choix

4050 L'article 3 du règlement Rome I prévoit dans son paragraphe 2 que : « Les parties peuvent convenir, à tout moment, de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieur selon le présent article, soit en vertu d'autres dispositions du présent Règlement. Toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 11 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers ».

En conséquence, si le choix de la loi applicable se fait généralement dans le contrat, il peut aussi intervenir après la conclusion du contrat. Le texte permet aussi, alors même que les parties avaient au moment de la conclusion du contrat choisi la loi applicable, de modifier ultérieurement ce choix initial et de désigner une autre loi.

Quant à la forme de ce choix ultérieur, qu'il soit tardif ou modificatif, il est généralement admis qu'il obéit aux mêmes règles que le choix concomitant à la conclusion du contrat de base : il doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause (49).

(44) H. Gaudemet-Tallon : *JCl. Europe Traité*, Fasc. 3201, n° 9 ; V. sous l'empire de la convention de Rome, P. Lagarde, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, *op. cit.*, n° 22.

(45) P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 746.

(46) *Ibid*.

(47) H. Gaudemet-Tallon : *JCl. Europe Traité*, Fasc. 3201, n° 9.

(48) B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 907.

(49) H. Gaudemet-Tallon : *JCl. Europe Traité*, Fasc. 3201, n° 16 ; *contra*, L. d'Avout et B. Audit, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 908 qui exigent que le choix ultérieur soit exprès. Il a été jugé, dans une affaire où les parties avaient désigné initialement de manière expresse la loi anglaise, que l'application de la loi française lors de l'instance en référé ne pouvait conduire à l'application de cette même loi à l'instance au fond : Cass. 1re civ., 30 mai 2000, n° 98-16.104 : *Bull. civ.* 2000, I, n° 160. En revanche, il a été jugé, s'agissant d'un contrat de travail initialement régi par la loi allemande en tant que loi du lieu d'accomplissement du travail, que la mise en œuvre par l'employeur d'une procédure de licenciement en application de la loi française pouvait, dès lors que le salarié avait accepté l'application de cette loi, être considérée comme un choix certain limité à la rupture du contrat de travail : Cass. soc., 4 déc. 2012, n° 11-22.166 : *Bull. civ.* 2012, V, n° 317.

S'il intervient en cours d'instance, ce choix ultérieur peut être compris comme la mise en œuvre de la règle de conflit de lois que constitue la loi d'autonomie ou se rattacher à un accord procédural (50). Dans le premier cas, ce choix ne sera pas limité au litige en cours, tandis qu'il le sera dans le second cas. S'il est compris comme un accord procédural, ce choix de loi sera en outre régi par la *lex fori*.

Le choix ultérieur de la loi applicable est assorti de deux limites : d'une part, si le contrat était valable quant à la forme selon l'une des lois désignées par l'article 11, le choix tardif d'une autre loi ne peut affecter sa validité formelle ; d'autre part, la modification de la loi applicable « ne porte pas atteinte aux droits des tiers ». Ainsi, le tiers qui aura cautionné l'une des parties au contrat ne verra pas son obligation aggravée par le changement de loi applicable au contrat même si la loi nouvellement applicable augmente l'obligation du débiteur (51).

En revanche, le règlement ne précise pas quelle est la portée de la loi ultérieurement choisie par les parties, mais l'on s'accorde à considérer qu'elle a en principe un effet rétroactif, sous réserve que les parties décident du contraire et qu'elles pratiquent ainsi un « dépeçage temporel » (52).

§ II Les limites à l'autonomie de la volonté

4051 L'article 3, § 3 et 4 du règlement Rome I réserve l'application des dispositions impératives de la loi normalement applicable au contrat dont tous les éléments sont localisés dans un État **(A)**, et des dispositions impératives des textes de l'Union européenne au contrat dont tous les éléments sont localisés dans un ou plusieurs États membres **(B)**.

A/ Hypothèse du contrat « purement interne »

4052 « Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord » (53).

Ce texte envisage l'hypothèse d'un contrat purement interne dans lequel les parties auraient fait figurer une clause de choix de loi et l'auraient, de ce fait, « internationalisé ».

Dans ce cas, la loi choisie par les parties ne peut porter atteinte à l'application des dispositions auxquelles il n'est pas possible de déroger par contrat de la loi du pays dans lequel sont localisés tous les éléments. Les parties seront donc soumises aux règles d'ordre public interne de la loi naturellement applicable au contrat, leur choix restant applicable uniquement aux questions qui, selon cette loi, relèvent de la volonté des parties. On parle généralement de dispositions simplement impératives par opposition aux dispositions internationalement impératives que sont les lois de police (54).

(50) P. Lagarde, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, *op. cit.*, n° 24.
(51) P. Lagarde, art. préc., n° 24.
(52) M.-E. Ancel, P. Deumier et M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, *op. cit.*, n° 240. – L. d'Avout et B. Audit, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 908.
(53) Règl. Rome I, art. 3, § 3.
(54) Sur ces dernières, V. *infra*, n^os^ 4087 et s.

B/ Hypothèse du contrat interne à l'Union européenne

4053 L'article 3, § 4 du règlement Rome I dispose : « Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un ou plusieurs États membres, le choix par les parties d'une autre loi applicable que celle d'un État membre ne porte pas atteinte, le cas échéant, à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord, et telles que mises en œuvre par l'État membre du for ».

Ce texte, qui est une innovation du règlement Rome I, envisage l'hypothèse d'un contrat intra-européen pour lequel les parties auraient choisi la loi d'un État tiers.

Dans ce cas, la loi choisie par les parties ne peut porter atteinte à l'application des dispositions des textes de l'Union européenne auxquelles il n'est pas possible de déroger par contrat. Les contrats intra-européens ne peuvent donc être soustraits aux dispositions impératives du droit de l'Union.

Cette disposition devrait conduire la Cour de justice de l'Union européenne à infléchir sa jurisprudence issue de l'arrêt *Ingmar* dans lequel elle avait imposé l'application d'une directive sur les agents commerciaux à un contrat d'agence commerciale entre un agent au Royaume-Uni et un commettant en Californie que les parties avaient choisi de soumettre à la loi californienne (55). L'arrêt revenait ainsi à ériger toutes les dispositions impératives des textes de l'Union en lois de police communautaires.

Désormais, ce n'est que lorsque tous les éléments du contrat (à l'exception du choix de loi) sont localisés sur le territoire de l'Union que les dispositions impératives des textes communautaires ne pourront être éludées.

Sous-section II Les rattachements subsidiaires à défaut de choix de loi applicable

4054 Le règlement Rome I a réécrit l'article 4 de la convention de Rome. Le système mis en place par cette convention reposait sur un principe général de proximité : la loi applicable à défaut de choix de loi était la loi du pays avec lequel le contrat entretenait « les liens les plus étroits ». Ce principe général était ensuite encadré par une présomption désignant la loi du pays où était établie la partie qui devait fournir la prestation caractéristique du contrat et par des présomptions spécifiques à certaines catégories de contrats. Une clause d'exception permettait d'écarter ces présomptions s'il résultait de l'ensemble des circonstances que le contrat entretenait les liens les plus étroits avec un autre pays.

Le nouveau texte rompt avec ce système. Il énumère une série de rattachements spécifiques pour certains contrats et s'en remet pour les contrats non visés à la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique. La loi du pays des liens les plus étroits n'intervient que de manière subsidiaire par la voie d'une clause d'exception.

Dans la mesure où la convention de Rome demeure applicable aux contrats conclus entre le 1er avril 1991 et le 17 décembre 2009, il est préférable d'examiner plus en détail le système mis en place par cet instrument **(§ I)**, avant de se pencher sur celui mis en place par le règlement **(§ II)**.

(55) CJCE, 9 nov. 2000, aff. C-381/98, *Ingmar : Rev. crit. DIP* 2001, p. 107, note L. Idot ; *JDI* 2001, p. 511, 2e esp., note J.-M. Jacquet ; *CDE* 2/2001, p. 12, art. J. Raynard ; *LPA* 22 juin 2001, no 124, 1re esp., note C. Nourissat.

§ I Le système mis en place par la convention de Rome

4055 L'article 4 de la convention de Rome énonce : « 1. Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Toutefois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application, à titre exceptionnel, à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays.

2. Sous réserve du paragraphe 5, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale. Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement.

3. Nonobstant les dispositions du paragraphe 2, dans la mesure où le contrat a pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où est situé l'immeuble.

4. Le contrat de transport de marchandises n'est pas soumis à la présomption du paragraphe 2. Dans ce contrat, si le pays dans lequel le transporteur a son établissement principal au moment de la conclusion du contrat est aussi celui dans lequel est situé le lieu de chargement ou de déchargement ou l'établissement principal de l'expéditeur, il est présumé que le contrat a les liens les plus étroits avec ce pays. Pour l'application du présent paragraphe, sont considérés comme contrats de transport de marchandises les contrats d'affrètement pour un seul voyage ou d'autres contrats lorsqu'ils ont principalement pour objet de réaliser un transport de marchandises.

5. L'application du paragraphe 2 est écartée lorsque la prestation caractéristique ne peut être déterminée. Les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays ».

Le texte pose donc un principe général de rattachement du contrat à la loi du pays avec lequel il entretient les liens les plus étroits **(A)**, assorti d'une présomption générale **(B)**, de présomptions particulières **(C)** et d'une clause d'exception **(D)**.

A/ Principe général : application de la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits

4056 Ce principe, qui est posé par le paragraphe 1 de l'article 4 de la convention de Rome, correspond aux solutions antérieurement données par la jurisprudence de plusieurs États contractants, dont le Royaume-Uni et la France. « Il s'agit pour le juge de "localiser objectivement" le contrat, selon l'expression utilisée en France, à partir des différents indices qu'il peut présenter » (56).

Normalement, cette recherche effectuée par le juge aboutit à la désignation d'une loi unique pour régir le contrat. Mais la seconde phrase de l'article 4, § 1 permet au juge de ne pas faire régir intégralement un contrat par une seule loi et de soumettre une partie « séparable

(56) P. Lagarde, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, *op. cit.*, n° 27.

du reste » à une autre loi. Ce dépeçage judiciaire, qui n'a pratiquement jamais été mis en œuvre, devrait jouer de manière exceptionnelle, uniquement dans les cas où une partie du contrat peut faire l'objet d'une solution séparée, indépendamment de la solution donnée aux autres éléments du contrat (57).

C'est également ce qu'a décidé la Cour de justice dans l'arrêt *ICF* du 6 octobre 2009 (58). Interrogée à titre préjudiciel sur les circonstances où il est possible d'appliquer, en vertu de l'article 4, § 1, seconde phrase de la convention de Rome, différents droits à une relation contractuelle, la Cour de justice a répondu que le dépeçage judiciaire n'est possible « que lorsque le contrat rassemble une pluralité de parties qui peuvent être considérées comme autonomes l'une par rapport à l'autre » et qu'« afin d'établir si une partie du contrat peut être soumise à une loi différente, il y a lieu de déterminer si son objet est autonome par rapport à celui du reste du contrat » (pts 45 et 46 de l'arrêt). Elle a refusé ainsi que la prescription puisse être régie par une autre loi que celle gouvernant le contrat. Le règlement, quant à lui, ne mentionne plus la possibilité pour le juge de procéder au dépeçage du contrat.

B/ Présomption générale : loi du pays de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique

4057 Pour faciliter la tâche du juge dans la recherche de la loi des liens les plus étroits, le paragraphe 2 de l'article 4 de la convention de Rome pose une présomption générale suivant laquelle : « Le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale ». Et s'il s'agit d'une personne physique contractant dans l'exercice de son activité professionnelle, ce pays « est celui où est situé son principal établissement ou si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement ».

À défaut de choix de loi, la loi applicable est donc celle du pays de résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique. Cette loi a été préférée à la loi du lieu d'exécution de la prestation caractéristique pour des raisons de commodité. La localisation du lieu de la résidence habituelle est apparue plus facile que celle du lieu d'exécution. En outre, il est apparu que le débiteur est souvent amené à conclure plusieurs contrats identiques, de sorte que donner compétence à sa loi favoriserait la standardisation de ses documents contractuels et diminuerait les coûts de leur rédaction. La convention évite en outre tout risque de conflit mobile puisqu'elle précise que la résidence habituelle à prendre en compte est celle qui existe « au moment de la conclusion du contrat ».

La notion de prestation caractéristique, inspirée de la jurisprudence suisse du XIX^e^ siècle, n'est pas définie par la convention. Selon le rapport Giuliano-Lagarde, cette prestation « vise la fonction que le rapport juridique en cause exerce dans la vie économique et sociale du pays » et « permet de rattacher le contrat au milieu socio-économique dans lequel il va s'insérer » (59). Dans les contrats synallagmatiques, le rapport précise que « c'est la prestation pour laquelle le paiement est dû », et le rapport en donne quelques exemples : « le

(57) *Ibid.*

(58) CJCE, 6 oct. 2009, aff. C-133/08 : *Rev. crit. DIP* 2010, p. 199, note P. Lagarde ; *JCP* G 2009, n° 550, note L. d'Avout et L. Perreau-Saussine ; *RDC* 2010, p. 701, obs. P. Deumier ; *JDI* 2010, p. 183, note C. Legros ; *Rev. Lamy dr. civ.* 2010/69, n° 3730, obs. M.-E. Ancel ; *D.* 2010, p. 236, note F. Jault-Seseke.

(59) Rapport Giuliano-Lagarde, p. 20.

transfert de propriété, la livraison d'objets mobiliers corporels, l'attribution de l'usage d'une chose, la fourniture d'un service, du transport, de l'assurance, de l'activité bancaire, de la caution, etc. » (60). La loi applicable au contrat de vente est donc la loi du pays de résidence habituelle du vendeur.

Pour certains contrats, la détermination de la prestation caractéristique ne soulève pas de difficultés. Dans un contrat de donation, la prestation caractéristique est celle fournie par le donateur ; dans un contrat de garantie, c'est celle fournie par le garant (61). Dans un contrat de cession (cession d'un brevet, d'une marque, cession entre éditeurs), la prestation caractéristique est celle exercée par le cédant (62) ; dans un contrat de commission de transport, c'est celle fournie par le commissionnaire de transport (63).

En revanche, pour d'autres contrats, la détermination de la prestation caractéristique se révèle particulièrement ardue. En témoigne la jurisprudence intervenue dans le domaine de la distribution internationale. Alors qu'avant l'entrée en vigueur de la convention de Rome la Cour de cassation estimait que « la loi applicable au contrat était celle du pays où s'exécutait l'obligation principale, c'est-à-dire celle du lieu où le concessionnaire exerçait son activité » (64), sous l'empire de la convention elle a décidé que pour un contrat de distribution, « la fourniture du produit est la prestation caractéristique » (65), en précisant dans un arrêt du 23 janvier 2007 que pour le contrat-cadre, la prestation caractéristique consiste à assurer l'exclusivité de la distribution des produits (66). Elle a ainsi mis fin à une vive controverse doctrinale entre ceux qui estimaient que le débiteur de la prestation caractéristique était le distributeur et ceux qui au contraire estimaient que c'était le fournisseur ou concédant (67). Cependant, la solution retenue par la Cour de cassation n'est pas nécessairement partagée par les autres pays contractants (68). Et le règlement Rome I a pris le contre-pied de cette jurisprudence en soumettant le contrat de distribution à la loi de résidence habituelle du distributeur (69).

(60) *Ibid*.

(61) Cass. com., 8 mars 2011, n° 09-11.751 : *JDI* 2011, p. 579, note Morel-Manoger, dans un contrat de cautionnement, la prestation caractéristique est la prestation fournie par la caution.

(62) M.-E. Ancel, P. Deumier et M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, *op. cit.*, n° 266.

(63) Cass. com., 19 déc. 2006, n° 05-19.723 : *Bull. civ.* 2006, IV, n° 255 ; *D.* 2007, pan. p. 1755, obs. P. Courbe, pan. p. 2562, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *D.* 2008, pan. p. 1246, obs. H. Kenfack.

(64) Cass. 1re civ., 8 févr. 2000 : *Bull. civ.* 2000, I, n° 39 ; *Rev. crit. DIP* 2001, p. 148, 1re esp., note M.-E. Ancel.

(65) Cass. 1re civ., 15 mai 2001, n° 99-17.132 : *Bull. civ.* 2001, I, n° 134 ; *Rev. crit. DIP* 2002, p. 86, note P. Lagarde ; *JDI* 2001, p. 1121, note A. Huet ; *JCP* G 2001, II, 10634, note J. Raynard ; *D.* 2002, p. 198 ; *ibid.*, somm. p. 1397, obs. B. Audit ; *LPA* 30 mai 2002, p. 15, note H. Chanteloup ; *Rev. Lamy dr. aff.* 2002, n° 46, p. 5, obs. H. Kenfack. – Cass. 1re civ., 25 nov. 2003, n° 01-01.414 : *Bull. civ.* 2003, I, n° 237 ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 102, note P. Lagarde ; *D.* 2004, 494, note H. Kenfack ; *RTD com.* 2004, p. 396, obs. P. Delebecque ; *JDI* 2004, p. 1179, note M.-E. Ancel ; *JCP* G 2004, II, 10046, note J. Raynard ; *Dr. et patrimoine* 2004, n° 125, p. 126, obs. D. Mainguy et P. Mousseron ; *RDC* 2004, p. 770, obs. D. Bureau.

(66) Cass. 1re civ., 23 janv. 2007, n° 05-12.166 : *Bull. civ.* 2007, I, n° 30 ; *D.* 2007, p. 511, obs. E. Chevrier, p. 1575, note H. Kenfack, p. 2562, obs. S. Bollée ; *RTD com.* 2007, p. 588, obs. B. Bouloc, p. 630, obs. P. Delebecque ; *JDI* 2008, p. 521, note J.-M. Jacquet (1re esp.) ; *JCP* G 2007, n° 10074, note T. Azzi ; *Contrats, conc. consom.* mai 2007, comm. 119, note M. Malaurie-Vignal ; *RDC* 2007, p. 842, obs. M. Behar-Touchais, p. 887, obs. P. Deumier ; *Rev. Lamy dr. aff.* 2007, n° 1194, obs. G. Cavalier ; *Dr. et patrimoine* déc. 2007, p. 81 et les obs. *Adde D.* 2008, p. 1514, obs. F. Jault Seseke. – V. aussi : Cass. 1re civ., 26 sept. 2007, n° 06-19.709 : *Bull. civ.* 2007, I, n° 304 ; *RDC* 2008, 515, obs. P. Deumier. – Sur l'ensemble de cette jurisprudence, V. M.-E. Ancel, *Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I : Rev. crit. DIP* 2008, p. 561.

(67) Sur cette controverse doctrinale, V. P. Lagarde, note préc. ss Cass. 1re civ., 8 févr. 2000.

(68) V. E. Ancel, *Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I*, *op. cit.*, notes de bas de page 25 et 26 citant la jurisprudence italienne comme se ralliant à la jurisprudence française et les jurisprudences allemande, autrichienne, néerlandaise et espagnole retenant la loi du distributeur.

(69) Règl. Rome I, art. 4, § 1 f.

C/ Présomptions particulières

La présomption en faveur de la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique souffre deux exceptions, prévues par les paragraphes 3 et 4 de l'article 4 de la convention de Rome. **4058**

I/ Contrat ayant pour objet un immeuble

Selon l'article 4, § 3 de la convention de Rome : « Dans la mesure où le contrat a pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où est situé l'immeuble ». **4059**

Cette présomption traduit la traditionnelle force d'attraction de l'immeuble en droit international privé. Elle s'applique à tous les contrats qui ont pour objet le transfert ou la constitution de droits réels portant sur un immeuble (vente, constitution d'usufruit ou de servitude, mais non la cession de parts de société civile immobilière) ainsi qu'au contrat de bail.

La règle permet d'assurer l'unité de la loi applicable aux différents aspects de l'opération, car si au contraire les parties ont choisi en tant que loi applicable au contrat une autre loi que la loi de situation de l'immeuble, l'opération sera soumise à deux lois différentes.

En revanche, le rapport Giuliano-Lagarde précise que le texte ne concerne pas les contrats ayant pour objet la construction ou la réparation d'immeubles (70).

II/ Le transport de marchandises

Selon l'article 4, § 4 de la convention de Rome : « Le contrat de transport de marchandises n'est pas soumis à la présomption du paragraphe 2. Dans ce contrat, si le pays dans lequel le transporteur a son établissement principal au moment de la conclusion du contrat est aussi celui dans lequel est situé le lieu de chargement ou de déchargement ou l'établissement principal de l'expéditeur, il est présumé que le contrat a les liens les plus étroits avec ce pays. Pour l'application du présent paragraphe, sont considérés comme contrats de transport de marchandises les contrats d'affrètement pour un seul voyage ou d'autres contrats lorsqu'ils ont principalement pour objet de réaliser un transport de marchandises ». **4060**

D/ La clause d'exception

L'article 4, § 5 de la convention de Rome dispose : « L'application du paragraphe 2 est écartée lorsque la prestation caractéristique ne peut être déterminée. Les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays ». **4061**

Ce texte accorde au juge, par le jeu d'une clause d'exception, le pouvoir d'écarter les présomptions des paragraphes 2, 3, et 4 s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays.

Le jeu d'une telle clause doit normalement rester exceptionnel et n'intervenir que lorsque les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4, conduisent à une loi qui, dans une espèce déterminée, n'a pas de valeur réelle de rattachement.

(70) Rapport préc., p. 21.

En pratique, cependant, la jurisprudence française a fait parfois application du paragraphe 5 en se contentant d'une référence purement formelle à la règle de principe (71). Parfois même, surtout en matière de transport, la chambre commerciale de la Cour de cassation a déterminé la loi applicable directement à partir de l'article 4, § 5, de la convention de Rome, sans se référer aux présomptions posées aux alinéas précédents (72). Elle est ensuite revenue à une interprétation plus restrictive et conforme aux intentions des rédacteurs de la convention en imposant au juge « de procéder à une comparaison des liens existant entre le contrat et, d'une part, le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle et, d'autre part, l'autre pays en cause, et rechercher celui avec lequel il présente les liens les plus étroits » (73).

Quant à la Cour de justice, elle a, dans l'arrêt *ICF* précité, précisé que : « L'article 4 paragraphe 5 de la Convention de Rome du 18 juin 1980 doit être interprété en ce sens que, lorsqu'il ressort clairement de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un pays autre que celui qui est déterminé sur la base de l'un des critères prévus audit article 4, paragraphes 2 à 4, il appartient au juge d'écarter ces critères et d'appliquer la loi du pays avec lequel ledit contrat est le plus étroitement lié ». En d'autres termes, la clause d'exception ne devrait pas jouer en cas « d'équilibre des rattachements ». En ce cas, les règles des paragraphes 2 à 4 doivent conserver leur avantage (74). Pour que la clause joue, il faut que les rattachements avec la loi d'un autre pays soient plus importants (75). Mais il n'est pas imposé par la Cour que soit d'abord démontrée l'absence de valeur de rattachement des présomptions des paragraphes 2, 3 et 4.

En tout état de cause, dans le cadre d'un contrat de vente immobilière, il apparaît difficile que la loi du lieu de situation de l'immeuble puisse être détrônée par une autre loi.

(71) CA Versailles, 6 févr. 1991, rattachant le contrat de cautionnement à la loi régissant le contrat principal : *Rev. crit. DIP* 1991, p. 745, note P. Lagarde ; *JDI* 1992, p. 125, note J. Foyer ; *D.* 1992, p. 174, note Mondolini. – TGI Poitiers, 22 déc. 1999, rattachant le contrat d'architecte à la loi de situation de l'immeuble à construire : *Rev. crit. DIP* 2001, p. 670, note P. Rémy-Corlay.

(72) Cass. com., 4 mars 2003 : *Rev. crit. DIP* 2003, p. 285, note P. Lagarde.

(73) Cass. com., 19 déc. 2006, n° 05-19.723 : *Rev. crit. DIP* 2007, p. 592, 1re esp., note P. Lagarde ; *D.* 2007, pan. p. 1751, obs. P. Courbe et pan. p. 2566, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *RDC* 2007, p. 467, obs. P. Deumier. – V. aussi Cass. com., 8 mars 2011, n° 09-11.751, censurant une cour d'appel pour s'être déterminée « par des motifs impropres à établir le défaut de pertinence de l'élément de rattachement ordinaire avec la loi helvétique, loi du pays où la caution avait sa résidence habituelle au moment de la formation du cautionnement, désignée par l'article 4, paragraphe 2, de la convention de Rome » et Cass. com., 18 sept. 2012, n° 11-20.789 : *RDC* 2013, p. 223, obs. P. Deumier ; *D.* 2102, p. 2237, obs. X. Delpech, p. 2930, note B. Haftel ; *Dr. et patrimoine* 2013, n° 221, p. 68, obs. M.-E. Ancel ; *RTD com.* 2013, p. 842, obs. B. Bouloc, censurant une cour d'appel pour avoir fait application de la clause d'exception sans avoir au préalable recherché la loi désignée par la présomption de l'article 4. La première chambre civile s'est également ralliée à cette solution (Cass. 1re civ., 22 oct. 2014, n° 13-14.653 : *Rev. crit. DIP* 2015, p. 389, note S. Corneloup. – V. égal. Cass. 3e civ., 23 sept. 2014, nos 11-20.972 et 11-23.948).

(74) M.-E. Ancel, P. Deumier et M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, *op. cit.*, n° 245.

(75) La Cour de justice semble néanmoins avoir infléchi sa position dans un arrêt du 23 octobre 2014 (aff. C-305/13, *Haeger&Schmidt* : *Rev. crit. DIP* 2015, p. 221, note C. Legros) où elle y a affirmé que : « L'article 4, paragraphe 2, de la même convention doit être interprété en ce sens que, dans l'hypothèse où il est fait valoir qu'un contrat présente des liens plus étroits avec un pays autre que celui dont la loi est désignée par la présomption figurant audit paragraphe, le juge national doit comparer les liens existant entre ce contrat et, d'une part, le pays dont la loi est désignée par la présomption et, d'autre part, l'autre pays concerné. À ce titre, le juge doit tenir compte de l'ensemble des circonstances, y compris l'existence d'autres contrats liés au contrat en cause ».

§ II Le système mis en place par le règlement Rome I

L'article 4 du règlement Rome I dispose : **4062**

« 1. À défaut de choix exercé conformément à l'article 3 et sans préjudice des articles 5 à 8, la loi applicable au contrat suivant est déterminée comme suit :

a) le contrat de vente de biens est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle ;

b) le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle ;

c) le contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'immeuble ;

d) nonobstant le point *c)*, le bail d'immeuble conclu en vue de l'usage personnel temporaire pour une période maximale de six mois consécutifs est régi par la loi du pays dans lequel le propriétaire a sa résidence habituelle, à condition que le locataire soit une personne physique et qu'il ait sa résidence habituelle dans ce même pays ;

e) le contrat de franchise est régi par la loi du pays dans lequel le franchisé a sa résidence habituelle ;

f) le contrat de distribution est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle ;

g) le contrat de vente de biens aux enchères est régi par la loi du pays où la vente aux enchères a lieu, si ce lieu peut être déterminé ;

h) le contrat conclu au sein d'un système multilatéral qui assure ou facilite la rencontre de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers pour des instruments financiers, au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 17), de la directive 2004/39/CE, selon des règles non discrétionnaires et qui est régi par la loi d'un seul pays, est régi par cette loi.

2. Lorsque le contrat n'est pas couvert par le paragraphe 1 ou que les éléments du contrat sont couverts par plusieurs des points *a)* à *h)* du paragraphe 1, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ».

Le législateur de l'Union a donc privilégié la prévisibilité et la sécurité juridique en édictant, à l'article 4, § 1, des règles de rattachement fixes pour toute une série de contrats et non de simples présomptions comme celles qui figurent aux paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 4 de la convention **(A)** ; pour les contrats qui n'appartiendraient à aucune des catégories prévues au paragraphe 1 ou au contraire relèveraient à la fois de plusieurs de ces catégories, le paragraphe 2 donne compétence à la loi du pays dans lequel le débiteur de la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ; là encore il s'agit d'une règle et non d'une simple présomption **(B)** ; un élément de souplesse est toutefois maintenu puisque l'article 4, § 3 admet le jeu d'une clause d'exception ; mais cette clause est entendue de façon restrictive : il faut que le contrat présente des liens « manifestement » plus étroits avec un autre pays que celui visé aux paragraphes 1 et 2 **(C)**.

A/ Les règles de rattachement fixes

– La vente de biens. – L'article 4, § 1, *a)* du règlement Rome I contient la règle générale selon laquelle la vente de biens est régie par la loi du pays de la résidence habituelle du vendeur. La convention de Rome parvenait elle aussi au même résultat. Le considérant 17 **4063**

indique que l'interprétation du mot « biens » devrait être la même que celle adoptée pour l'article 5, § 1, du règlement Bruxelles I dont le *b)* vise la vente de « marchandises ». Comme la « vente de biens aux enchères », la vente immobilière, la vente d'instruments financiers sur un marché réglementé et la cession d'objets incorporels échappent à cette règle générale, il faut considérer que la « vente de biens » vise toute vente d'un objet ou d'objets, mobilier(s) corporel(s) (76). Cependant, en France, c'est l'article 3 de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 qui s'appliquera, article qui désigne aussi la loi de la résidence habituelle du vendeur.

4064 **– La « vente de biens aux enchères ». –** L'article 4, § 1, *g)* du règlement Rome I prévoit que la vente de biens aux enchères est soumise à la loi du pays où la vente aux enchères a lieu si ce lieu peut être déterminé. Si donc ce lieu ne peut être déterminé parce que les enchères se sont faites sur une place de marché « virtuelle », il faut revenir au rattachement prévu pour les ventes de biens ordinaires. En France, cependant, cette disposition du règlement sera écartée au bénéfice de la Convention de La Haye du 15 juillet 1955, laquelle dans son article 3, alinéa 3, donne également compétence à la loi du pays « dans lequel se sont effectuées les enchères ». Mais si, dans le cadre de la convention, la localisation reste impossible, il faut également revenir à la règle générale désignant la loi de résidence habituelle du vendeur (77).

4065 **– La vente en bourse. –** Le règlement prévoit une règle particulière, lorsque les parties n'ont pas choisi la loi, pour les contrats portant sur des instruments financiers, conclus au sein d'un système multilatéral entre acheteurs et vendeurs, et selon des règles non discrétionnaires (78). Lorsque ce système multilatéral est régi par une seule loi, cette loi sera également applicable aux contrats passés au sein de ce système. C'est donc la loi du marché financier qui s'applique, précision étant faite que cette règle ne s'applique pas aux contrats d'instruments financiers entre consommateurs et professionnels (79).

4066 **– La vente immobilière. –** L'article 4, § 1, *c)* du règlement Rome I dispose que le contrat « ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'immeuble ». La règle rejoint la présomption posée par la convention de Rome, mais tandis que cette dernière visait aussi « un droit d'utilisation sur l'immeuble », le règlement ne vise que le « bail d'immeuble », laissant ainsi de côté les autres droits d'utilisation qui peuvent porter sur un immeuble et ne seraient pas des droits réels (prêt d'immeuble, convention d'occupation précaire par exemple). Cette règle particulière ne s'applique pas par ailleurs aux locations de vacances, l'article 4, § 1, *d)* précisant qu'un tel contrat est soumis à la loi du pays de résidence habituelle du propriétaire, à condition que le locataire soit une personne physique et qu'il ait sa résidence habituelle dans ce même pays.

4067 **– La prestation de services. –** L'article 4, § 1, *b)* du règlement Rome I dispose que : « Le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle ». La présomption en faveur de la loi du pays du débiteur de la prestation caractéristique aboutissait au même résultat. S'agissant de la notion de « contrat de prestation de services », le considérant 17 du règlement renvoie à la « fourniture de services » mentionnée à l'article 5, § 1, *b)* du règlement Bruxelles I. Il faut donc se reporter à la jurisprudence de la Cour de justice qui, dans l'arrêt *Falco* du 23 avril 1999,

(76) M.-E. Ancel, P. Deumier et M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux, op. cit.*, n° 250. – H. Gaudemet-Tallon : *JCl. Europe Traité*, Fasc. 3201, n° 43.
(77) Conv. La Haye 15 juill. 1955, art. 3, al. 1er.
(78) Règl. Rome I, art. 4, § 1, *h*.
(79) Règl. Rome I, art. 6, § 4, *e*.

a précisé que la notion de services implique « l'exercice d'une activité déterminée en contrepartie d'une rémunération » (80). Pour toute prestation de services à titre gratuit, il faudra donc faire application de la règle de l'article 4, § 2 du règlement Rome I, mais cela aboutira tout autant à la loi de la résidence habituelle du prestataire. Par ailleurs, dans ce même arrêt, la Cour a décidé que la licence de droits d'auteur n'est pas une fourniture de services au sens du règlement Bruxelles I, car « le titulaire du droit de propriété intellectuelle n'accomplit aucune prestation en en concédant l'exploitation et s'engage seulement à laisser son cocontractant exploiter librement ledit droit » (81). Ainsi, la licence du droit d'auteur, de brevets, de marques..., le bail mobilier, le prêt d'argent, le crédit-bail, le cautionnement ne relèvent pas de la règle particulière de l'article 4, § 1, *b)*. Quant aux contrats de franchise et de distribution, bien qu'ils constituent des contrats de prestation de services, ils relèvent de rattachements particuliers (82), de même que les contrats de transport, qu'ils soient de marchandises (83) ou de personnes (84).

4068 **– Contrats de franchise et distribution. –** L'article 4, § 1, *e)* du règlement Rome I précise que : « Le contrat de franchise est régi par la loi du pays dans lequel le franchisé a sa résidence habituelle » et l'article 4, § 1, *f)* ajoute que : « Le contrat de distribution est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle ». Il est donc mis fin aux controverses soulevées dans le cadre de la convention de Rome pour la détermination de la prestation caractéristique dans ces contrats-là. En revanche, les difficultés se déplacent quant à la définition du « contrat de distribution ». Faut-il y inclure toutes les commandes auxquelles il donne lieu ou faut-il les soumettre au rattachement de l'article 4, § 1, *a)* ? Cette question devra être tranchée par la Cour de justice (85).

B/ La règle subsidiaire

4069 L'article 4, § 2 du règlement Rome I prévoit que lorsque le contrat en cause ne relève d'aucune des catégories (par ex., le bail portant sur objet mobilier) énumérées à l'article 4, § 1, ou « lorsque les éléments du contrat sont couverts par plusieurs points » (hypothèse du contrat complexe comportant par exemple à la fois vente et la prestation de services), le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle.

Pour l'identification de la prestation caractéristique en présence d'un contrat complexe, le considérant 19 du règlement Rome I donne une indication : « Dans le cas d'un contrat consistant en un faisceau de droits et d'obligations qui peuvent être rattachés à plusieurs des catégories de contrat définies, la prestation caractéristique du contrat devrait être déterminée par rapport à son centre de gravité ». Il appartient donc au juge de rechercher le centre de gravité du contrat. À cet égard, certains auteurs (86) proposent, lorsque le contrat associe plusieurs catégories spéciales, de rechercher si, dans l'agencement contractuel, l'une des catégories apparaît comme principale et l'autre comme secondaire ou accessoire. Dans ce

(80) CJCE, 23 avr. 1999, aff. C-533/07, *Falco*, pt 29.
(81) *Ibid.*, pt 31.
(82) Règl. Rome I, art. 4, § 1, *e* et *f*.
(83) Règl. Rome I, art. 4, § 1.
(84) Règl. Rome I, art. 4, § 2.
(85) M.-E. Ancel, P. Deumier et M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, *op. cit.*, n° 255. – H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.*, n° 51 considère quant à elle que les contrats d'application relèveront en principe de la loi du pays de résidence habituelle du franchiseur ou du fournisseur. Cependant, pour assurer l'unité de loi applicable à tous les contrats passés entre franchiseur et franchisé, ainsi qu'entre fournisseur et distributeur, elle propose d'avoir recours à la clause d'exception.
(86) M.-E. Ancel, P. Deumier et M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, *op. cit.*, n° 261.

cas, il faudrait s'en tenir à la qualification principale et appliquer la règle particulière correspondante. Or, si cela aura peu d'impact dans le cas où une partie cumule les qualités de vendeur et de prestataire de services, puisque dans tous les cas ce sera la loi de la résidence habituelle qui sera appliquée, il en ira différemment lorsque le contrat est tiraillé entre règles spéciales qui désignent des lois différentes. Ces mêmes auteurs donnent l'exemple d'un vendeur d'un terrain qui accepte aussi de le dépolluer et d'y édifier un bâtiment : « En raison du transfert de propriété de l'immeuble ; par sa dimension entrepreneuriale, cependant, le contrat penche vers la loi de la résidence habituelle du vendeur, qui ne sera pas forcément établi dans le pays du *situs* de l'immeuble. Faudrait-il pour autant, si le transfert de propriété de l'immeuble paraît constituer la prestation caractéristique de cet arrangement, appliquer la loi de la résidence habituelle du vendeur ? Le bon sens impose de répondre par la négative. C'est la loi du lieu de situation de l'immeuble qui régira un tel contrat » (87). Tout dépend donc de l'agencement contractuel qui a été voulu par les parties. La recherche de la prestation caractéristique ne devrait donc intervenir que lorsqu'aucune des règles spéciales ne peut être appliquée.

Comme la convention, le règlement s'attache non pas au lieu d'exécution de la prestation caractéristique, mais au lieu de résidence habituelle de la partie qui la fournit, au moment de la conclusion du contrat. Et il est précisé que la résidence habituelle est pour une personne physique son établissement principal, et pour une personne morale le lieu où elle a établi son administration centrale (88).

C/ La clause d'exception

4070 Comme dans la convention de Rome, le règlement Rome I contient une clause d'exception qui permet de soumettre le contrat à une autre loi que celle qui résulterait de l'application de l'article 4, § 1 ou 2. Cependant, dans un souci de prévisibilité, le règlement Rome I retient une conception restrictive de la clause d'exception. L'article 4, § 3, dispose que ce n'est que « lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2 » que la loi de cet autre pays s'applique. L'utilisation de l'adverbe « manifestement » montre bien que le législateur communautaire a entendu que le recours à la clause d'exception demeure exceptionnel. La clause d'exception ne peut donc s'appliquer que lorsque le constat d'une plus grande proximité s'impose avec la force de l'évidence (89).

Le considérant 20 du règlement Rome I autorise cependant les juges à tenir compte des « liens étroits » que présente le contrat litigieux avec un ou plusieurs autres contrats. Ainsi, pourront être soumis à une loi unique le contrat de cautionnement et le contrat principal, les contrats d'application et le contrat-cadre, les contrats préparatoires et le contrat final et, plus généralement, tous les ensembles contractuels. Ce considérant ne devrait donc jouer qu'en présence d'une multitude de rattachements permettant de s'écarter des règles des paragraphes 1 et 2 de l'article 4 et pas seulement en présence d'un lien fonctionnel du contrat litigieux avec d'autres contrats.

Ni le règlement ni la Cour de justice ne précisent si les juges du fond doivent d'office examiner si le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec une autre loi que celle qui résulte de l'application des paragraphes 1 ou 2 de l'article 4. La Cour de cassation a, quant à elle, dans le cadre de la convention de Rome, considéré que les juges du fond

(87) *Ibid.*
(88) Règl. Rome I, art. 19.
(89) P. Deumier, obs. préc. ss Cass. com., 18 sept. 2012.

n'ont pas à effectuer une telle recherche si elle ne leur a pas été demandée (90). La solution se comprend dès lors qu'en présence de droits litigieux disponibles, les juges du fond ne sont tenus de mettre en œuvre la règle de conflit de lois que dans les cas où une des parties a revendiqué l'application de la loi étrangère. Elle semble conforme également à l'esprit du règlement qui est de garantir davantage de prévisibilité et de sécurité juridique (91).

Sous-section III Les rattachements spéciaux (les contrats de consommation)

4071 Pour certaines catégories de contrats, la convention et le règlement ont prévu des rattachements spéciaux. Dans la convention de Rome, il ne s'agissait que des contrats conclus par les consommateurs et des contrats de travail. L'objectif à leur égard était d'assurer la protection de la partie faible. Le règlement reprend les rattachements spéciaux propres à ces contrats en leur apportant quelques modifications en vue d'assurer une protection renforcée de la partie faible. Il ajoute en outre une autre catégorie de contrats pour lesquels il a posé des règles de conflit particulières : les contrats de transport. Par ailleurs, alors que la convention de Rome ne traitait que du transport de marchandises et se contentait de poser une présomption à l'article 4, § 4, le règlement Rome I consacre un important article 5 à l'énoncé de règles de conflit concernant et le transport de marchandises et le transport de passagers. Enfin, le règlement innove en consacrant son article 7 à la détermination de la loi applicable aux contrats d'assurance alors que la convention de Rome ne couvrait que les contrats portant sur un risque localisé dans un pays tiers.

Il ne sera question ici que des seuls contrats de consommation visés par les articles 5 de la convention de Rome et 6 du règlement Rome I.

L'article 5 de la convention de Rome dispose :

« 1. Le présent article s'applique aux contrats ayant pour objet la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services à une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, ainsi qu'aux contrats destinés au financement d'une telle fourniture.

2. Nonobstant les dispositions de l'article 3, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle :

- si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat ou
- si le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande du consommateur dans ce pays ou
- si le contrat est une vente de marchandises et que le consommateur se soit rendu de ce pays dans un pays étranger et y ait passé la commande, à la condition que le voyage ait été organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à conclure une vente.

3. Nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, ces contrats sont régis par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, s'ils sont intervenus dans les circonstances décrites au paragraphe 2 du présent article.

(90) Cass. com., 18 sept. 2012, préc.
(91) H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.*, n° 55.

4. Le présent article ne s'applique pas :

a) au contrat de transport ;

b) au contrat de fourniture de services lorsque les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle.

5. Nonobstant les dispositions du paragraphe 4, le présent article s'applique au contrat offrant pour un prix global des prestations combinées de transport et de logement ».

Et l'article 6 du règlement précise :

« 1. Sans préjudice des articles 5 et 7, un contrat conclu par une personne physique (ci-après "le consommateur"), pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne (ci-après "le professionnel", agissant dans l'exercice de son activité professionnelle, est régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle, à condition que le professionnel :

a) exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, ou

b) par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci, et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité.

2. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1, les parties peuvent choisir la loi applicable à un contrat satisfaisant aux conditions du paragraphe 1, conformément à l'article 3. Ce choix ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix, sur la base du paragraphe 1.

3. Si les conditions établies au paragraphe 1, point *a)* ou *b)*, ne sont pas remplies, la loi applicable à un contrat entre un consommateur et un professionnel est déterminée conformément aux articles 3 et 4.

4. Les paragraphes 1 et 2 ne s'appliquent pas :

a) au contrat de fourniture de services lorsque les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle ;

b) au contrat de transport autre qu'un contrat portant sur un voyage à forfait au sens de la directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait (1) ;

c) au contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble autre qu'un contrat ayant pour objet un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers au sens de la directive 94/47/CE ;

d) aux droits et obligations qui constituent des instruments financiers, et aux droits et obligations qui constituent les modalités et conditions qui régissent l'émission ou l'offre au public et les offres publiques d'achat de valeurs mobilières, et la souscription et le remboursement de parts d'organismes de placement collectif, dans la mesure où ces activités ne constituent pas la fourniture d'un service financier ;

e) au contrat conclu dans le cadre du type de système relevant du champ d'application de l'article 4, paragraphe 1, point *h)* ».

On le voit, le mécanisme mis en place par ces deux textes ne protège pas tous les consommateurs. Son champ d'application y est en effet rigoureusement circonscrit **(§ I)**. Si le contrat litigieux en fait partie, l'idée, dans les deux cas, est que les parties puissent librement

décider de soumettre leur contrat à une loi et qu'à défaut de choix de loi, la loi de la résidence habituelle du consommateur trouve à s'appliquer **(§ II)**. La protection du consommateur se traduit par un développement du droit dérivé qui n'est pas sans soulever des problèmes d'articulation avec la convention et le règlement **(§ III)**.

§ I Le champ d'application des articles 5 de la convention de Rome et 6 du règlement Rome I

4072 **– Un consommateur et un professionnel. –** La convention et le règlement définissent le consommateur comme celui qui agit « pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle », mais le règlement précise qu'il doit s'agir d'une personne physique (92). Ainsi, le professionnel qui agit pour les besoins de son activité mais en dehors de sa spécialité (par ex., le médecin qui achète un ordinateur) n'est pas un « consommateur » au regard de la convention de Rome ou du règlement Rome I. Le cocontractant du consommateur doit, quant à lui, agir dans le cadre de son activité professionnelle. L'article 6, paragraphe 1, du règlement le dit expressément en imposant que le contrat soit passé entre une personne physique consommateur et un professionnel agissant dans l'exercice de son activité professionnelle. La vente d'occasion entre deux particuliers ou le contrat conclu entre deux consommateurs ne relèvent donc pas du champ d'application de la règle spécifique. En revanche, peu importe le lieu de résidence habituelle du consommateur. Les règles posées par la convention et le règlement s'appliquent qu'il ait sa résidence habituelle sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne ou sur le territoire d'un État tiers.

4073 **– Contrats visés par l'article 5 de la convention de Rome. –** La convention ne vise que les « contrats ayant pour objet la fourniture d'objets mobiliers ou de services » ou les « contrats destinés au financement d'une telle fourniture ». Entrent donc dans le champ de l'article 5 le contrat de vente de marchandises, le contrôle de prêt, de crédit-bail, de fourniture d'enseignement et les opérations à terme dans une bourse étrangère (93). En revanche, le crédit immobilier n'y est pas inclus (94). Il relève donc des règles générales des articles 3 et 4 sous réserve de l'application des lois de police. Par ailleurs, le contrat de transport est expressément exclu de l'article 5, car la compétence privilégiée de la loi de résidence habituelle du consommateur n'est pas appropriée pour ce type de contrat (95), de même que « le contrat de fourniture lorsque les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle » (96). En revanche, l'article 5 s'applique au contrat portant sur un « voyage organisé » comprenant transport, mais aussi hébergement, nourriture, conférences, etc. (97).

(92) V. déjà en ce sens, CJCE, 22 nov. 2001, aff. jtes C-541/99 et C-542/99 : *JCP* G 2002, II, 10047, note G. Paisant ; *D.* 2002, somm. 2929, obs. J.-P. Pizzio et act. jurispr. p. 90, obs. C. Rondey.

(93) P. Lagarde, *Le nouveau droit international privé des contrats*, *op. cit.*, p. 314.

(94) V. en ce sens CA Colmar, 18 févr. 2004, *Raspiller* c/ *Eurohypo : D.* 2004, p. 1898, obs. V. Avena-Robardet. – TGI Strasbourg, 13 sept. 2001 : *D.* 2002, n° 38, p. 2933, obs. J. Franck. – V. cependant CA Colmar, 1re ch. civ., 12 mai 2005 qui aurait jugé que le crédit immobilier entre dans le champ de l'article 5, cité par J. Stoufflet et E. Bouretz : *JCl. Banque-Crédit-Bourse*, Fasc. 120, n° 162.

(95) Il est en outre largement régi par des conventions internationales de droit matériel.

(96) Hypothèse du consommateur qui séjourne dans un hôtel dans un autre pays que celui de sa résidence habituelle. Dans ce cas, il ne peut raisonnablement prétendre à l'application de la loi de sa résidence habituelle.

(97) Conv. Rome, art. 5, § 5.

4074 – Les circonstances dans lesquelles le contrat peut donner lieu à protection dans la convention de Rome. – L'article 5, § 2, énumère trois circonstances dans lesquelles les règles protectrices du consommateur doivent s'appliquer.

Le premier cas est celui où la conclusion du contrat a été précédée dans le pays de la résidence habituelle du consommateur d'une proposition spécialement faite (démarchage à domicile, envoi d'un catalogue ou d'une proposition personnelle par courrier ou par intermédiaire) (98) ou d'une publicité (par voie de radio, télévision, presse écrite, affichage) si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat. Peu importe où le contrat a été juridiquement conclu, du moment que c'est dans le pays de résidence habituelle que la consommateur a signé les documents qui lui étaient présentés ou a envoyé sa commande au fournisseur (99). La protection du consommateur se comprend facilement dans cette hypothèse, le consommateur ayant été sollicité chez lui.

Le deuxième cas dans lequel les règles protectrices s'appliquent est celui où le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande dans le pays de résidence habituelle du consommateur. Là aussi, la protection du consommateur se comprend aisément.

Enfin, le troisième cas visé par l'article 5 est celui où le contrat est une vente de marchandises et où le consommateur s'est déplacé du pays de sa résidence habituelle dans un pays étranger et y a passé la commande, à la condition que le voyage ait été organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à conclure une vente. Sont ici visées les ventes effectuées dans le cadre « d'excursions transfrontières » (100).

Dans ces trois situations, seul le consommateur « passif » est protégé. Le consommateur « mobile » ou « actif » qui, lors d'un séjour à l'étranger, effectue des achats ou qui, de retour chez lui, adresse une commande à fournisseur rencontré sur son lieu de vacances, est quant à lui soumis aux règles générales des articles 3 et 4.

4075 – Contrats visés par l'article 6 du règlement Rome I. – Le champ d'application du règlement est plus large que celui de la convention. *A priori* tous les contrats de consommation bénéficient de l'article 6 du règlement ; la restriction aux contrats de fournitures d'objets mobiliers corporels et aux contrats de services au consommateur qui figurent dans la convention de Rome a disparu dans le règlement. La protection pourra maintenant s'étendre à des contrats comme les contrats de crédit même non affectés à la fourniture de marchandises ou de services. Toutefois, le paragraphe 4 exclut les catégories de contrat auxquelles les règles de l'article 6 ne s'appliquent pas. Comme dans la convention de Rome, sont exclus le contrat de transport et le contrat de fourniture de services lorsque les services doivent être fournis au consommateur exclusivement dans un pays autre que celui de sa résidence habituelle. De même, sont exclus des règles protectrices les contrats portant sur des droits réels immobiliers ou droit d'utilisation d'un immeuble autres que le *time-sharing*, les contrats concernant des instruments financiers dès lors qu'il ne s'agit pas de fourniture de services financiers, et enfin les contrats conclus dans des systèmes multilatéraux.

4076 – Les circonstances dans lesquelles le contrat peut donner lieu à protection dans le règlement Rome I. – Les circonstances dans lesquelles le contrat doit avoir été conclu ont

(98) Pour un exemple : Cass. 1re civ., 12 juill. 2005 : *JDI* 2006, p. 985, note A. Sinay-Cytermann ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 94, note P. Lagarde ; *D.* 2006, pan. p. 1498, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *Dr. et patrimoine* nov. 2005, p. 113, obs. M.-E. Ancel ; *RDC* 2/2006, p. 503, obs. D. Bureau ; *RD aff. int.* 6/2005, p. 788, célibataire ayant été démarché à son domicile français pour un contrat de courtage matrimonial.

(99) P. Lagarde, *Le nouveau droit international privé des contrats*, *op. cit.*, nº 38.

(100) Rapport Giuliano-Lagarde, préc., p. 24.

été largement simplifiées. Il suffit, pour que l'article 6 s'applique, que le professionnel exerce son activité professionnelle dans le pays de la résidence habituelle du consommateur, ou « par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays dont celui-ci ». La première situation vise le consommateur qui contracte avec un professionnel étranger mais ayant des établissements sur le territoire de sa résidence. Ce serait par exemple le cas d'un consommateur français se rendant en Allemagne pour contracter un crédit auprès d'une banque allemande qui a également des établissements en France (101). Mais l'article 6 du règlement Rome I pose comme condition que le contrat « rentre dans le cadre de cette activité » (exigence posée pour les deux situations visées par l'article). Il faudrait donc que le contrat conclu par le consommateur entre dans le cadre de l'activité professionnelle exercée dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle (ce que le considérant 25 invite à penser puisqu'il pose comme condition que le « contrat de consommation ait été conclu dans le cadre des activités commerciales ou professionnelles exercées par le professionnel dans le pays en question (pays de la résidence habituelle du consommateur) ». La seconde situation vise, outre le premier cas visé par la convention de Rome (publicité, démarchage, vente à distance), l'hypothèse du commerce électronique. Le considérant 24 du règlement précise que la notion « d'activité dirigée », présente également dans le règlement Bruxelles I, doit faire l'objet d'une interprétation harmonieuse dans les deux règlements. Et ce même considérant fait expressément référence à une déclaration conjointe du Conseil et de la Commission à propos de l'article 15 du règlement Bruxelles I selon laquelle : « Il ne suffit pas qu'une entreprise dirige ses activités vers l'État membre du domicile du consommateur, ou vers plusieurs États dont cet État membre, il faut également qu'un contrat ait été conclu dans le cadre de ces activités » et « le simple fait qu'un site internet soit accessible ne suffit pas (...), encore faut-il que ce site internet invite à la conclusion de contrats à distance et qu'un contrat ait effectivement été conclu à distance, par tout moyen. À cet égard, la langue ou la monnaie utilisée par un site internet ne constitue pas un élément déterminé ». Il faut donc se référer à la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'article 15 du règlement Bruxelles I. À cet égard, la Cour a, dans un arrêt du 7 décembre 2010 (102), fourni des précisions importantes : « Les éléments suivants, dont la liste n'est pas exhaustive, sont susceptibles de constituer des indices permettant de considérer que l'activité du commerçant est dirigée vers l'État membre du domicile du consommateur, à savoir la nature internationale de l'activité, la mention d'itinéraires à partir d'autres États membres pour se rendre au lieu où le commerçant est établi, l'utilisation d'une langue ou d'une monnaie autres que la langue ou la monnaie habituellement utilisées dans l'État membre dans lequel est établi le commerçant avec la possibilité de réserver et de confirmer la réservation dans cette autre langue, la mention de coordonnées téléphoniques avec l'indication d'un préfixe international, l'engagement de dépenses dans un service de référencement sur internet afin de faciliter aux consommateurs domiciliés dans d'autres États membres l'accès au site du commerçant ou à celui de son intermédiaire, l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau autre que celui de l'État membre où le commerçant est établi et la mention d'une clientèle internationale composée de clients domiciliés dans différents États membres. Il appartient au juge national de vérifier l'existence de tels indices. En revanche, la simple accessibilité du site internet du commerçant ou de celui de l'intermédiaire dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur est domicilié est insuffisante. Il en va de même de la mention d'une adresse électronique ainsi que d'autres coordonnées ou de l'emploi d'une langue ou d'une monnaie qui sont la langue

(101) P. Deumier et J.-B. Racine, *Règlement Rome I : le mariage entre la logique communautaire et la logique conflictuelle : RDC* 2008, p. 1309, spéc. p. 1342.

(102) CJUE, 7 déc. 2010, aff. jtes C-585/08 et 144/09, *Pammer/Alpenhof : Rec. CJUE* 2010, I, p. 12527, pts 93 et 94.

et/ou la monnaie habituellement utilisées dans l'État membre dans lequel le commerçant est établi ». La condition de direction des activités repose donc sur un faisceau d'indices et implique une démarche, assez proche de celle mise en œuvre pour apprécier les liens étroits, consistant à analyser *in concreto* un grand nombre de données factuelles (103).

Par ailleurs, à la différence de ce qui était prévu dans la proposition du 15 décembre 2005, l'article 6 du règlement ne réserve pas la possibilité pour le professionnel de prouver qu'il ignorait le lieu de résidence habituelle du consommateur et que cette ignorance ne lui était pas imputable.

§ II Les règles protectrices des articles 5 de la convention de Rome et 6 du règlement Rome I

4077 La convention et le règlement autorisent le choix de loi applicable, mais limitent la portée du principe d'autonomie de la volonté **(A)**. À défaut de choix de loi, la loi de la résidence habituelle du consommateur est applicable **(B)**. La question s'est par ailleurs posée de savoir comment articuler ces règles protectrices avec le mécanisme des lois de police **(C)**.

A/ Limitation de la portée de l'autonomie de la volonté

4078 La convention et le règlement prévoient tous deux que le choix par les parties de la loi applicable au contrat ne peut avoir pour effet de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de sa résidence habituelle (104). Il faut dès lors se livrer à une comparaison concrète de la loi choisie par les parties et de la loi de résidence habituelle du consommateur. Si les dispositions impératives de la loi de résidence habituelle du consommateur sont plus protectrices que la loi choisie, il faudra les appliquer. En revanche, si les dispositions de la loi choisie sont au moins aussi protectrices que celles de la loi de résidence habituelle du consommateur, elles demeurent applicables (105).

B/ La loi applicable à défaut de choix

4079 Si les parties n'ont pas choisi de loi, le contrat est soumis à la loi du lieu de la résidence habituelle du consommateur (106). L'idée est que c'est cette loi-là que le consommateur connaît le mieux et que c'est sur elle qu'il peut raisonnablement compter. Le jeu de la clause d'exception n'est pas possible.

C/ Articulation des règles protectrices et des lois de police

4080 Tant la convention que le règlement réservent le jeu des lois de police (107). Dans le cadre de la convention, la question s'est posée de savoir si l'article 5, § 2 devait être compris comme « une clause spéciale de lois de police » excluant le jeu de la règle générale de l'article 7 lorsqu'on se trouve en présence d'un contrat couvert par l'article 5 mais qui n'a pas été conclu dans les circonstances visées par le paragraphe 2. En d'autres termes, le consommateur « actif » qui est allé chercher le professionnel peut-il se prévaloir de la protection offerte par la loi de sa résidence habituelle appliquée en tant que loi de police ?

(103) S. Franck, *Rép. dr. int.* Dalloz, V° *Règlement Rome I : obligations contractuelles*, n° 124.
(104) Conv. Rome, art. 5, § 2 et Règl. Rome I, art. 6, § 2. Le règlement parle de dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par contrat, pour marquer la différence avec les lois de police.
(105) P. Lagarde, *Le nouveau droit international privé des contrats*, *op. cit.*, n° 35.
(106) Conv. Rome, art. 5, § 3 et Règl. Rome I, art. 6, § 1.
(107) Conv. Rome, art. 7 et Règl. Rome I, art. 9. Sur ce point, V. *infra*, n° 4087.

La question a été très débattue (108). En faveur de la qualification de l'article 5 en tant que clause spéciale de lois de police, l'on a souvent cité un arrêt du *Bundesgerichtshof* en date du 19 mars 1997 se ralliant à cette qualification (109), et fait valoir que la solution inverse conduirait à laisser lettre morte les dispositions de l'article 5, § 2 (110). Mais cette qualification aurait pour conséquence paradoxale que la protection des lois de l'État de résidence habituelle du consommateur est plus accessible lorsque le contrat litigieux est totalement exclu du dispositif conventionnel de protection (libre jeu de l'article 7 et des seules conditions de la loi de police) que s'il en relève expressément (jeu de l'article 5 et de ses exigences de consommation passive) (111).

La Cour de cassation a finalement tranché la question dans un arrêt du 23 mai 2006 (112) en déclarant applicable l'article 7 de la convention de Rome à un consommateur dans une affaire où les conditions de l'article 5 faisaient défaut. Un couple de consommateurs domiciliés en France avait contracté un emprunt auprès d'une banque allemande qui les avait assignés en remboursement du prêt soumis au droit allemand par une clause de choix de la loi, devant le tribunal de grande instance de Sarreguemines (domicile de l'emprunteur). Les emprunteurs avaient alors invoqué l'article L. 311-37 du Code de la consommation français, en réclamant la compétence du tribunal d'instance et la cour d'appel de Metz avait rejeté cette exception d'incompétence au motif que l'article 5 ne trouvait pas à s'appliquer dès lors que les consommateurs n'avaient pas contracté avec la banque, à la suite d'une publicité faite en France et que tous les actes nécessaires à la conclusion du contrat avaient eu lieu en Allemagne. La Cour de cassation censure une telle décision au visa de l'article 7 de la convention de Rome et de l'ensemble de l'article (ancien) L. 311-37 du Code de la consommation. Cette solution est plus protectrice du consommateur : un consommateur qui a contracté dans d'autres circonstances que celles visées par les articles 5 et 6 de la convention et du règlement pourra néanmoins se prévaloir des dispositions protectrices de sa loi de résidence habituelle par le jeu des lois de police (113). La Cour de justice, quant à elle, ne s'est pas prononcée pour l'instant.

§ III Développement du droit dérivé de la consommation

La protection du consommateur est devenue ces dernières années une priorité du droit de l'Union européenne. Elle s'est traduite par la multiplication de directives sectorielles **(A)** qui **4081**

(108) Sur ce sujet, V. : P. de Vareilles-Sommières, *Le sort de la théorie des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation (nature de l'article 5 de la Convention de Rome du 19 juin 1980) : D.* 2006, p. 2464.

(109) *Rev. crit. DIP* 1998, p. 610, note P. Lagarde, aff. dite « *des Grandes Canaries* ».

(110) P. Lagarde, note ss Cass. 1re civ., 19 oct. 1999 : *Rev. crit. DIP* 2000, p. 29.

(111) D. Cocteau-Senn, note ss Cass. 1re civ., 23 mai 2006 : *Rev. crit. DIP* 2007, p. 85.

(112) Cass. 1re civ., 23 mai 2006 : *Rev. crit. DIP* 2007, p. 85, note préc. ; *D.* 2006, act. jurispr. p. 1597, obs. V. Avena-Robardet ; *D.* 2007, pan. p. 1754, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *RDC* 2006, p. 1253, obs. P. Deumier ; *JCP* G 2007, I, 109, no 10, obs. M. Attal ; *Dr. et patrimoine* déc. 2006, p. 80, note M.-E. Ancel ; *JDI* 2007, p. 537, note A. Sinay-Cytermann. Auparavant, la Cour de cassation avait déjà jugé que la loi Scrivener du 10 janvier 1978 était une loi de police française, mais dans une affaire où la convention de Rome n'était pas applicable : Cass. 1re civ., 19 oct. 1999 : *Rev. crit. DIP* 2000, p. 29, note préc.

(113) Toute disposition du Code de la consommation ne peut être cependant qualifiée de loi de police. Ainsi, cette qualification a été refusée aux dispositions prévoyant une mention manuscrite lorsqu'une personne physique se porte caution envers un créancier professionnel : Cass. 1re civ., 16 sept. 2015, no 14-10.373 : *RDC* 2016, p. 80, note M. Laazouzi ; *Dr. et patrimoine* 2015, no 253, p. 74, obs. M.-E. Ancel ; *Rev. Lamy dr. aff.* 2015, no 110, p. 10, note O. Boskovic ; *D.* 2015, p. 2356, note L. Abadie et J. Lasserre Capdeville ; *JCP* E 2015, no 1587, note C. Kleiner et D. Porcheron ; *JCP* G 2015, no 1188, note P. Berlioz.

soulèvent des problèmes d'articulation avec l'article 5 de la convention de Rome et 6 du règlement Rome I **(B)**.

A/ La multiplication des directives de protection du consommateur

4082 Depuis le traité de Maastricht, la protection du consommateur intra-européen est devenue l'une des principales missions de la Communauté. L'article 3 du Traité CE a fait expressément référence à « une contribution au renforcement de la protection des consommateurs », et un nouveau titre intitulé « Protection des consommateurs » (114) a été institué conférant à la Communauté le pouvoir d'adopter des mesures aux fins d'« assurer un niveau élevé de protection des consommateurs » (115). Cette nouvelle base juridique s'est traduite par la multiplication des directives sectorielles, dont la plus célèbre est la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives.

Dans un premier temps, cette harmonisation est restée « minimale », laissant aux États membres la possibilité de maintenir ou d'adopter des mesures plus protectrices allant au-delà du niveau minimum de protection instauré par la directive. Elle est ensuite devenue « maximale », le législateur de l'Union préférant l'adoption de directives dont les règles de protection constituent le minimum mais aussi le maximum pour les États membres (116).

Le Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire soumis à la consultation en mars 2007 proposait, quant à lui, une intervention du type « approche mixte », consistant en un instrument horizontal combiné au besoin avec une action verticale, c'est-à-dire l'amélioration des huit directives existantes. Mais la proposition de directive du 8 octobre 2008, relative aux droits des consommateurs, ne proposa de réviser que quatre directives : la directive 85/577/CEE du 20 décembre 1985, relative aux contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, la directive précitée sur les clauses abusives, la directive 97/7/CE du 20 mai 1997 sur les contrats à distance et la directive 1999/44/CE du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation. Finalement, après de longues discussions au Parlement européen et au Conseil, cette proposition fut fortement amendée. Si la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011, relative aux droits des consommateurs, a maintenu le principe de l'harmonisation « maximale » en y apportant cependant de nombreuses dérogations, elle se limite en revanche à l'introduction d'une obligation générale d'information, à une refonte et à une uniformisation des obligations d'information et du droit de rétractation en matière de contrats à distance et de contrats hors établissement ainsi qu'à l'introduction de quelques « autres droits des consommateurs », sans modifier les règles en matière de conformité des biens de consommation de la directive 1999/44/CE et le régime des clauses abusives de la directive 93/13/CEE.

Quant à la proposition de règlement relatif à un droit commun de la vente du 11 octobre 2011, qui se voulait également applicable aux contrats de consommation, elle a été finalement retirée (117). Cette proposition avait pour objet de favoriser les conditions d'établissement et de fonctionnement du marché intérieur par la création d'un corps uniforme de règles en matière contractuelle qui pouvaient être utilisées dans le cadre de transactions transfrontalières portant sur la vente de biens, la fourniture de contenus numériques et la

(114) Titre XIV.
(115) TCE, art. 153 (ancien art. 129a). Sous réserve de quelques adaptations formelles, le traité de Lisbonne a repris le texte de l'article 153 TCE, qui devient l'article 169 TFUE.
(116) La directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales marque le début de cette harmonisation « maximale ».
(117) J.-S. Borghetti, *Un projet s'en vient, l'autre s'en va : D.* 2015, p. 1376.

prestation de services connexes lorsque les parties contractantes convenaient de les appliquer, d'où la qualification d'« instrument optionnel ». Son abandon a néanmoins été accompagné de deux autres propositions de directives en date du 9 décembre 2015 (118) concernant certains aspects des contrats de vente en ligne et de toute autre vente à distance de biens instaurant des règles touchant à la conformité du bien ou du contenu au contrat, ainsi que les remèdes disponibles en cas de non-conformité dans ces deux types de contrats (119) afin de supprimer les principaux obstacles au commerce électronique transfrontière dans l'Union. Et, plus récemment, la Commission a lancé en 2016 un vaste projet de refonte du droit européen de la consommation portant sur six directives : la directive de 1993 sur les clauses abusives, la directive 98/6/CE du 16 février 1998 sur l'indication des prix, la directive de 1999 sur la vente et les garanties de biens de consommation, la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales, la directive 2006/114/CE du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse (entre professionnels) et de publicité comparative et, finalement la directive 2009/22/CE du 23 avril 2009, relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs.

Progressivement se met donc en place un droit européen des consommateurs. L'articulation de ce grand nombre de directives avec la convention de Rome et le règlement Rome I soulève parfois des difficultés.

B/ L'articulation des directives avec l'article 5 de la convention de Rome et l'article 6 du règlement Rome I

4083 La convention de Rome et le règlement Rome I réservent la priorité au droit communautaire. La convention le fait dans son article 20 et le règlement dans son article 23 qui dispose que « (...) le présent Règlement n'affecte pas l'application des dispositions de droit communautaire qui, dans des domaines particuliers, règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles ». Or, les directives sectorielles relatives à la protection du consommateur contiennent généralement une clause d'applicabilité dans l'espace destinée à éviter que le choix par les parties de la loi d'un pays tiers n'aboutisse à priver le consommateur de la protection que lui assure le droit de l'Union européenne. Si l'objectif apparaît louable, en pratique, une telle clause a donné lieu à des interprétations et des transpositions très divergentes.

Le prototype en est l'article 6, § 2, de la directive sur les clauses abusives qui dispose que : « Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des États membres ». L'interprétation du terme vague de « lien étroit », que l'on retrouve dans d'autres directives (120), a fait surgir immédiatement des interrogations. Dans quels cas peut-on dire que le contrat présente un lien étroit avec le territoire des États membres ? Faut-il se référer aux critères d'application de l'article 5 de la convention de Rome ? Si certains États se sont contentés d'imposer l'application de leur loi de transposi-

(118) Doc. COM(2015), 634 final et Doc. COM(2015), 635 final.

(119) Sur ces propositions de directives : L. Usunier, *Du droit commun de la vente aux propositions de directives sur les contrats de vente en ligne et de fourniture de contenu numérique : la montagne accouche d'une souris : RTD civ.* 2016, p. 304. – T. Douville, *Marché unique numérique et droit des contrats : JCP* G 2016, n° 382. – G. Loiseau, *Vers une harmonisation totale des règles nationales de protection des consommateurs dans les ventes en ligne : Comm. comm. électr.* 2016, comm. 23.

(120) V., par ex., Dir. 23 sept. 2002, relative à la commercialisation à distance des produits financiers auprès des consommateurs, art. 12, § 2.

tion à l'encontre de la loi choisie d'un État tiers en cas de lien étroit avec le territoire d'un État membre, d'autres ont frappé de nullité la clause abusive contenue dans un contrat qui, à défaut de choix de la loi d'un État tiers, aurait été soumis à la loi d'un État membre. D'autres enfin, comme la France (121), ont défini de manière autonome le critère du lien étroit. Cette situation, contraire à l'objectif de protection uniforme poursuivi par le législateur communautaire, a été largement dénoncée par la doctrine (122). Et la Cour de justice a, dans un arrêt du 9 septembre 2004, *Commission* c/ *Espagne* (123), condamné le mode de transposition consistant à substituer à la notion de lien étroit avec le territoire communautaire retenue par la directive des rattachements rigides, au motif que : « Si la notion délibérément vague de "lien étroit" que le législateur communautaire a retenue peut éventuellement être concrétisée par des présomptions, elle ne saurait en revanche être limitée par une combinaison de critères de rattachement prédéfinis, tels que les conditions cumulatives relatives à la résidence et à la conclusion du contrat visées à l'article 5 de la Convention de Rome ». Or l'autorité de la chose interprétée attachée à cet arrêt, rendu à la suite d'un recours en manquement contre l'Espagne, conduirait à penser que les lois de transposition qui s'écartent des règles posées par les directives de protection du consommateur sur leur champ d'application, doivent être jugées caduques par le juge, qui doit se référer directement aux dispositions de la directive (124).

Les transpositions du droit français n'ont pourtant pas immédiatement respecté les exigences posées par la Cour de justice. L'ordonnance du 17 février 2005 transposant la directive 1999/44/CE du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation a défini l'existence de liens étroits avec le territoire d'un État membre par la résidence habituelle de l'acheteur dans un État membre ainsi que par les modalités entourant la conclusion du contrat (125). Se conformant davantage aux exigences de souplesse de la jurisprudence communautaire, l'ordonnance du 6 juin 2005 transposant la directive du 23 septembre 2002 sur la commercialisation à distance des services financiers s'est bornée à établir une présomption simple de lien étroit par la résidence habituelle du consommateur (126). Plus récemment, la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, dite « loi Hamon », à l'origine de l'article L. 231-1 du Code de la consommation, a, pour l'application des dispositions relatives aux contrats conclus à distance et hors établissement, aux contrats conclus à distance portant sur des services financiers, aux clauses abusives et aux contrats conclus par des acheteurs résidant dans un État membre de l'Union européenne, établi une série de critères permettant « notamment » de réputer établie l'existence d'un lien étroit, ce qui devrait permettre au juge de retenir tout autre critère pour caractériser le lien étroit. Autant dire que « le droit de la consommation français contient désormais autant de dispositions d'application spatiale qu'il existe de directives, dispositions dont la rédaction et les critères varient » (127).

(121) L. 1er févr. 1995 : consommateur domicilié et contrat proposé, conclu ou exécuté sur le territoire d'un des États membres de l'Union.

(122) V. not. P. Lagarde, *Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne*, in *Mél. J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 511, spéc. n° 12. – E. Jayme et C. Kohler, *L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome : Rev. crit. DIP* 1995, p. 1.

(123) CJCE, 9 sept. 2004, aff. C-70/03 : *Rev. crit. DIP* 2005, p. 451, note M. Audit ; *RDC* 2005, p. 857, obs. P. Deumier ; *D.* 2005, p. 615, obs. C. Nourrissat ; *RTD com.* 2005, p. 183, note M. Luby.

(124) M. Audit, note préc., p. 454.

(125) Sur cette ordonnance : *RDC* 2005, p. 864, obs. D. Bureau.

(126) Sur cette ordonnance : *RDC* 2005, p. 1192, obs. Deumier.

(127) M.-E. Ancel, P. Deumier et M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux, op. cit.*, n° 1050.

Les difficultés subsistent avec le règlement Rome I puisque ce texte n'a pas pris le parti d'abroger toutes les règles de conflit contenues dans les directives de protection de consommateurs et laisse donc subsister la règle générale contenue dans son article 6 et les règles particulières figurant dans certaines directives et dans les textes de transposition de ces dernières. La situation s'est améliorée depuis la directive 2011/83 du 25 octobre 2011 dont le considérant 10 indique que la directive « doit s'entendre sans préjudice du règlement 593/08 sur la loi applicable aux obligations contractuelles » de sorte que si le droit applicable au contrat est celui d'un État tiers, le règlement Rome I devrait s'appliquer afin de déterminer si le consommateur continue de bénéficier de la protection garantie par la directive (consid. 58). Mais cette directive n'ayant refondu que la directive sur les contrats négociés en dehors de l'établissement et celle des contrats à distance, les difficultés subsistent pour les clauses d'application dans l'espace contenues dans les autres directives.

Sous-section IV Mécanismes pouvant bouleverser l'application des règles sur la détermination de la loi applicable

4084 À l'instar de la convention de Rome, le règlement Rome I contient des dispositions relatives au renvoi **(§ I)**, à l'ordre public **(§ II)** et aux lois de police **(§ III)**.

§ I Le renvoi

4085 Le règlement Rome I exclut le renvoi par une disposition très claire : « Lorsque la présente Convention [le présent Règlement] prescrit l'application de la loi d'un pays, elle [*sic*] entend les règles de droit [matériel] en vigueur dans ce pays à l'exclusion des règles de droit international privé [sauf disposition contraire du présent Règlement] » (128) . Cette solution se comprend : si les parties ont choisi la loi applicable au contrat, le jeu du renvoi reviendrait à déjouer leur volonté ; si elles ne l'ont pas fait, le jeu du renvoi conduirait par hypothèse à l'application d'une loi avec laquelle le contrat présente des liens moins étroits que celle désignée le règlement.

§ II L'exception d'ordre public

4086 Le règlement réserve la possibilité d'écarter la loi désignée si son application est « manifestement incompatible avec l'ordre public du for » (129). Il faut donc se livrer à une appréciation *in concreto* de la conformité avec l'ordre public international du *for* : une loi qui, *in abstracto*, serait contraire à l'ordre public n'entraînerait pas forcément dans l'espèce dont le juge est saisi une application contraire à l'ordre public. En pratique, il est rare qu'en matière contractuelle la loi étrangère soit écartée pour sa non-conformité à l'ordre public local.

§ III Le jeu des lois de police

4087 La convention de Rome et le règlement Rome I réservent également le jeu des lois de police. La convention le fait dans son article 7, le règlement dans son article 9 qui, s'inspirant

(128) Règl. Rome I, art. 20 et Conv. Rome, art. 15.
(129) Règl. Rome I, art. 21 et Conv. Rome, art. 16.

directement de la définition qui en est donnée classiquement (130), définit la loi de police comme « une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels 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 Règlement ». *A priori* donc, les dispositions protectrices des intérêts privés d'une partie au contrat ne devraient pas pouvoir être qualifiées de lois de police.

Les deux instruments distinguent le jeu des lois de police du *for* **(A)** et le jeu des lois de police étrangères **(B)**.

A/ Les lois de police du *for*

4088 L'article 7, § 2 de la convention de Rome prévoit que : « Les dispositions de la présente Convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat ». L'article 9, § 2 du règlement précise en des termes assez proches que : « Les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi ». Autrement dit, en présence d'une loi de police du *for*, la règle de conflit de lois est écartée.

Toute la difficulté est d'identifier la loi de police. Une disposition impérative en droit interne ne l'est pas forcément en droit international. Le législateur ne prenant généralement pas le soin de préciser si telle ou telle loi constitue une loi de police, la qualification des lois de police revient normalement au juge. L'article 9 du règlement offre une définition des lois de police, mais qui n'est pas de nature à éviter toute difficulté.

Dans le cadre de la convention de Rome, la Cour de justice a eu l'occasion de préciser que le dispositif de protection issu de la directive du 18 décembre 1986 sur les agents commerciaux devait s'appliquer impérativement à un agent travaillant sur le territoire communautaire, nonobstant le contenu différent de la loi californienne choisie par les parties au contrat (131). D'après la Cour, le régime communautaire de l'agence commerciale poursuivait le double objectif d'assurer la liberté d'établissement et d'éviter les distorsions de concurrence. Il a pu être considéré que cet arrêt retenait une conception trop large des lois de police, laissant entendre que toutes les dispositions nationales de transposition des directives seraient des lois de police. Quelques jours plus tard, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé cependant qu'un tel dispositif n'était pas constitutif d'une loi de police (132), ce qu'elle a encore confirmé récemment (133). Mais le statut des agents commerciaux a ultérieurement conduit la Cour de justice (134) à juger que le juge d'un État membre pouvait appliquer sa propre loi de transposition de la directive et celle d'un autre État membre ayant transposé la directive dans des termes moins favorables au demandeur dès lors que « la juridiction saisie constate de manière circonstanciée que, dans le cadre de cette transposition, le législateur du for a jugé crucial, au sein de l'ordre juridique concerné,

(130) Ph. Francescakis, *Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflit de lois : Rev. crit. DIP* 1966, p. 1.

(131) CJCE, 9 nov. 2000, aff. C-381/98, *Ingmar : Rev. crit. DIP* 2001, p. 107, note L. Idot ; *JDI* 2001, p. 511, 2e esp., note J.-M. Jacquet ; *CDE* 2/2001, p. 12, J. Raynard ; *LPA* 22 juin 2001, no 124, 1re esp., note C. Nourissat.

(132) Cass. com., 28 nov. 2000 : *JDI* 2001, p. 511, 1re esp., note J.-M. Jacquet ; *LPA* 22 juin 2001, no 124, 2e esp., note C. Nourissat.

(133) Cass. com., 5 janv. 2016, no 14-10.628 : *D.* 2016, p. 1047, obs. H. Gaudemet-Tallon.

(134) CJUE, 17 oct. 2013, aff. C-184/12, *Unamar : D.* 2014, p. 60 note L. d'Avout, p. 1969, obs. S. Bollée ; *JCP* G 2013, 1287, note C. Nourissat ; *JDI* 2014, p. 635, note J.-M. Jacquet ; *RDC* 2014/1, p. 80, obs. P. Deumier.

d'accorder à l'agent commercial une protection allant au-delà de celle prévue par ladite directive, en tenant compte à cet égard de la nature et de l'objet de telles dispositions impératives ». L'existence de directives d'harmonisation minimale laisse donc place au jeu des lois de police.

Ont été jugées en France comme des lois de police, la loi du 8 février 1995 sur le surendettement des particuliers (135), les règles relatives à l'action en revendication à l'encontre d'une société en procédure collective (136) ou encore les dispositions de l'ancien article L. 311-37 (ancien) du Code de la consommation (137).

B/ Les lois de police étrangères

4089 L'article 7, § 1 de la convention de Rome prévoit l'application des lois de police étrangères en ces termes : « Lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application ».

Ce texte accorde au juge la possibilité d'appliquer une loi de police étrangère à quatre conditions : que la disposition en cause émane d'un État « avec lequel la situation présente un lien étroit », que la disposition en cause soit effectivement considérée comme loi de police dans son État d'origine, que l'application des dispositions impératives étrangères se justifie par « leur nature et leur objet », et qu'il soit tenu compte des conséquences qui découleraient de l'application ou de la non-application de la loi de police étrangère. Il lui impose donc de se livrer à une appréciation *in concreto* de la situation particulière.

L'article 9, § 3 du règlement Rome I a durci les conditions d'application des lois de police étrangères : « Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application ». Il réduit donc le domaine d'intervention des lois de police étrangères à celles-là seules du pays dans lequel les obligations du contrat doivent être ou ont été exécutées et limite l'effet des lois de police étrangères à la seule hypothèse où elles rendraient l'exécution du contrat illégale.

Section II Le domaine de la loi applicable

4090 La formation du contrat **(Sous-section I)**, les effets, l'exécution, l'extinction et la nullité du contrat **(Sous-section II)**, de même que la transmission des obligations **(Sous-section III)** relèvent largement de la loi du contrat. La délimitation du domaine de la loi du contrat s'avère plus délicate s'agissant du contrat de vente immobilière **(Sous-section IV)**.

(135) Cass. 1re civ., 10 juill. 2001 : *D.* 2001, p. 2412, obs. C. Rondey.
(136) Cass. com., 8 janv. 2002 : *Rev. crit. DIP* 2002, p. 328, note D. Bureau.
(137) Cass. 1re civ., 23 mai 2006, préc.

Sous-section I La formation du contrat

§ I Les conditions de fond

4091 Les articles 8, alinéa 1er de la convention de Rome et 10, alinéa 1er du règlement Rome I sont rédigés de manière identique : « L'existence et la validité du contrat ou d'une disposition de celui-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu de la présente Convention [le présent Règlement] si le contrat ou la disposition étaient valables. »

En d'autres termes, la loi désignée par la convention ou le règlement est applicable alors même qu'elle annule le contrat. Cette solution a le mérite d'éviter « le cercle vicieux » consistant à dire, lorsqu'il y a choix de la loi applicable, qu'aucune loi ne peut être déclarée applicable tant que le contrat n'a pas été reconnu valable.

La loi du contrat s'applique à toutes les questions d'existence et de validité au fond du contrat. Elle s'applique donc au consentement, à l'objet et à la cause du contrat.

En ce qui concerne l'objet, la loi du contrat doit cependant se concilier avec la loi qui gouverne le bien ou les prérogatives sur lesquels portent certains contrats. Ainsi, s'agissant d'un contrat portant sur un immeuble, la *lex rei sitae* devra être consultée, pour un contrat portant sur des droits sociaux, c'est la *lex societatis* qui devra être prise en compte, et pour un contrat portant sur des droits de propriété intellectuelle, ce sera la loi applicable à ce droit qui devra être examinée.

Par ailleurs, dans leur alinéa 2, les articles 8 de la convention de Rome et 10 du règlement Rome I posent une règle spéciale au consentement : pour établir qu'elle n'a pas consenti, une partie peut se référer à la loi de sa résidence habituelle s'il résulte des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cette partie d'après la loi prévue au paragraphe 1. Un large pouvoir d'appréciation est laissé aux juges du fond pour apprécier ces circonstances, qui devront prendre en compte les relations préexistantes entre les parties, les usages habituels, etc.

En revanche, la capacité est exclue du champ d'application tant du règlement que de la convention. Celle-ci relève donc des règles de conflit nationales. En France, les incapacités générales d'exercice relèvent de la loi nationale de l'individu. Ainsi, pour déterminer si un contractant est mineur ou majeur interdit, il faut consulter sa loi nationale, sans se fier à la loi du contrat qu'il a conclu, ni à la loi réelle immobilière quand le contrat porte sur un immeuble. La même solution s'impose pour une personne dont la déficience mentale ou psychologique n'a pas été détectée et judiciairement traitée, la Cour de cassation ayant jugé que « l'insanité d'esprit et la démence constituent en réalité des cas d'incapacité naturelle soumis à la loi personnelle, et non à la loi régissant les actes juridiques incriminés » (138).

La jurisprudence a cependant apporté un correctif à l'application de la loi nationale : un contrat échappe à l'annulation découlant de l'incapacité d'une partie en vertu de la loi étrangère applicable lorsque le cocontractant français pouvait « sans légèreté, sans imprudence et avec foi » ignorer cette incapacité (139). Cette règle a été reprise par la convention de Rome (art. 11) et le règlement Rome I (art. 13) : une personne physique capable de contracter selon la loi du lieu de conclusion ne peut invoquer son incapacité selon une autre loi que si, au moment de la conclusion du contrat, le cocontractant a connu cette incapacité ou ne l'a ignorée qu'en raison d'une imprudence de sa part. Mais, en pratique, l'excuse de

(138) Cass. req., 16 janv. 1861, *Lizardi : GAJFDIP, op. cit.*, nº 5.
(139) *Ibid.*

l'ignorance légitime trouvera peu à s'appliquer car, lorsqu'un contrat revêt une certaine importance, la prudence commande justement au cocontractant de s'informer sur la loi personnelle de son partenaire étranger.

Lorsqu'on se trouve en présence d'une personne morale, sa capacité et les pouvoirs de ses dirigeants appartiennent à *la lex societatis* qui correspond, en droit français, à la loi du pays où se trouve le siège social.

§ II Les conditions de forme

4092 L'article 9 de la convention de Rome et l'article 11 du règlement Rome I posent les règles permettant de déterminer la loi applicable à la forme du contrat. L'objectif dans les deux cas est de favoriser la validité formelle du contrat.

Lorsque le contrat a été conclu entre des personnes qui se trouvent dans le même pays, le contrat est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu de la convention ou du règlement ou de la loi du pays dans lequel il a été conclu.

Lorsque le contrat a été conclu entre des personnes qui ne se trouvent pas dans le même pays, la solution est plus libérale, et encore plus libérale dans le règlement que dans la convention. Dans la convention, il suffit que la forme respecte soit la loi du contrat, soit l'une des lois de l'un des États où se trouvent les contractants lors de la conclusion du contrat ; le règlement ajoute la loi du pays dans lequel l'une ou l'autre des parties avait sa résidence habituelle à ce moment-là.

En cas de changement de la loi applicable au fond postérieurement à la conclusion du contrat, ce changement ne peut en aucun cas affecter la validité formelle du contrat.

En cas de dépeçage du contrat, c'est-à-dire d'application de plusieurs lois au fond du contrat, il est préconisé « d'appliquer la loi de fond applicable à la partie du contrat à laquelle la condition de forme litigieuse se rattache le plus étroitement » (140). Si cela s'avère impossible parce que la condition de forme litigieuse affecte l'ensemble du contrat, la *favor negotii* devrait conduire à retenir celle des lois en présence qui valide le contrat en la forme (141).

Des règles spécifiques sont prévues par ailleurs pour certains contrats. Pour les contrats de consommation qui entrent dans le champ d'application de l'article 5 de la convention et 6 du règlement, la forme est impérativement soumise à la loi du pays de résidence habituelle du consommateur. Et pour les contrats portant sur un immeuble, on l'a vu, les dispositions impératives de la loi du pays où l'immeuble est situé interviennent si, selon cette loi, elles s'appliquent indépendamment du lieu de conclusion du contrat et de la loi le régissant au fond.

Sous-section II Effets, exécution, extinction et nullité du contrat

4093 Les articles 10 de la convention de Rome et 12 du règlement Rome I sont rédigés de manière identique :

« 1. La loi applicable au contrat en vertu de la présente convention [du présent règlement] régit notamment :

a) son interprétation ;

b) l'exécution des obligations qu'il engendre ;

(140) Rapport Giuliano-Lagarde, p. 30.
(141) H. Gaudemet-Tallon : *JCl. Europe*, Fasc. 552-15, n° 106.

c) dans les limites des pouvoirs attribués à la juridiction saisie par son droit procédural, les conséquences de l'inexécution totale ou partielle de ces obligations, y compris l'évaluation du dommage dans la mesure où des règles de droit la gouvernent ;

d) les divers modes d'extinction des obligations, ainsi que les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai ;

e) les conséquences de la nullité du contrat.

2. En ce qui concerne les modalités d'exécution et les mesures à prendre par le créancier en cas de défaut dans l'exécution, on aura égard à la loi du pays où l'exécution a lieu ».

La loi applicable au contrat est donc applicable à son interprétation.

Elle l'est ensuite à l'exécution des obligations que le contrat engendre. C'est elle qui détermine « l'ensemble des conditions résultant de la loi ou du contrat suivant lesquelles la prestation qui caractérise toute obligation doit être exécutée » (142). Elle détermine le lieu et le moment de l'exécution, les modalités des obligations (solidaires, alternatives, divisibles...), les conditions de paiement.

La question du paiement de sommes d'argent soulève une difficulté. On distingue la monnaie de compte, qui détermine l'étendue de l'obligation du débiteur et qui relève de la loi du contrat, et la monnaie de paiement, qui relève normalement de la loi du lieu d'exécution. Lorsque le paiement doit intervenir en France, la monnaie de paiement doit nécessairement être l'euro s'il s'agit d'un contrat de droit interne (143) ; en revanche, le débiteur est autorisé à payer dans une devise étrangère si le contrat est économiquement international et si les parties ont clairement stipulé que le paiement se ferait effectivement en cette devise (144).

La loi du contrat détermine également les conséquences de l'inexécution totale ou partielle des obligations du contrat (exception d'inexécution, résolution pour inexécution, responsabilité pour défaut d'exécution ou mauvaise exécution, clause pénale, causes d'exonération telles que la force majeure ou les clauses limitatives de responsabilité).

Le paragraphe 2 des articles 10 de la convention et 12 du règlement prescrivent cependant d'avoir égard à la loi du lieu d'exécution pour « les mesures à prendre par le créancier en cas de défaut dans l'exécution ». Ainsi, si la nécessité pour le créancier de recourir à une mise en demeure relève de la loi du contrat, ses modalités relèveront de la loi du lieu d'exécution. De même, si l'exception d'inexécution se concrétise par l'exercice d'un droit de rétention, ce dernier relèvera davantage du paragraphe 2 et donc de la loi du lieu d'exécution que de la loi du contrat (145).

Quant à l'évaluation des dommages et intérêts, elle relève de la loi du contrat si, dans cette dernière, elle fait l'objet d'une réglementation juridique. Les aspects qui sont laissés à l'appréciation souveraine du juge relèveront en revanche de la *lex fori*.

La loi du contrat s'applique également aux intérêts moratoires et à leur point de départ (146).

(142) Rapport Giuliano-Lagarde, p. 32.

(143) Cass. 3e civ., 18 oct. 2005, nº 04-13.930.

(144) C. civ., art. 1343-3, prévoit que : « Le paiement, en France, d'une obligation de somme d'argent s'effectue en euros. Toutefois, le paiement peut avoir lieu en une autre devise si l'obligation ainsi libellée procède d'un contrat international ou d'un jugement étranger ».

(145) H. Gaudemet-Tallon : *JCl. Europe*, Fasc. 552-15, nº 116.

(146) Cass. 1re civ., 18 oct. 1989, nº 86-17.282 : *Rev. crit. DIP* 1990, p. 712, note J. Foyer. – Cass. 1re civ., 9 oct. 1990 : *Rev. crit. DIP* 1991, p. 341, note H. Muir Watt.

Elle s'applique aussi aux divers modes d'extinction des obligations (compensation, novation, remise de dette) ainsi qu'aux prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai.

Elle s'applique enfin aux « conséquences de la nullité », c'est-à-dire aux restitutions devant intervenir entre les parties lorsque le contrat a été exécuté avant d'être annulé. Le paiement de l'indu et l'enrichissement sans cause relèvent désormais du règlement Rome II, mais ce dernier les soumet à la loi du contrat dès lors qu'ils découlent d'une relation contractuelle entre les parties. Quant à la responsabilité encourue du fait de l'annulation du contrat, si en droit français elle revêt une qualification délictuelle, la formulation générale des articles 10 de la convention et 12 du règlement pourrait laisser penser qu'elle relève de la loi du contrat (147).

Sous-section III La transmission des obligations

§ I La cession de créance

4094 Les relations entre le cédant et le cessionnaire sont régies par la loi applicable au contrat qui les lie. En revanche, la loi de la créance cédée détermine le caractère cessible de la créance, régit les rapports entre le cessionnaire et le débiteur cédé, les conditions d'opposabilité du transfert au débiteur et le caractère libératoire ou non du paiement effectué par le débiteur (148). Le règlement apporte en outre une précision complémentaire en indiquant que : « La notion de cession au sens du présent article inclut les transferts de créances purs et simples ou à titre de garantie, ainsi que les nantissements ou autres sûretés sur les créances ».

En revanche, le règlement ne précise pas quelle est la loi applicable à l'opposabilité du transfert de la créance aux tiers. En matière de cession Dailly, l'article L. 313-27 du Code monétaire et financier prévoit que : « La cession ou le nantissement prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise, quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité des créances, sans qu'il soit besoin d'autres formalités, et ce quelle que soit la loi applicable aux créances et la loi du pays de résidence des débiteurs », édictant ainsi une loi de police qui s'appliquera en toutes circonstances (149).

§ II La subrogation

A/ La subrogation légale

4095 Les articles 13 de la convention de Rome et 15 du règlement Rome I précisent que : « Lorsque, en vertu d'un contrat, une personne, le créancier, a des droits à l'égard d'une autre personne, le débiteur, et qu'un tiers a l'obligation de désintéresser le créancier ou encore que le tiers a désintéressé le créancier en exécution de cette obligation, la loi applicable à cette obligation du tiers détermine si celui-ci peut exercer en tout ou en partie les droits détenus par le créancier contre le débiteur selon la loi régissant leurs relations ».

(147) H. Gaudemet-Tallon : *JCl. Europe*, Fasc. 552-15, n° 122.
(148) Conv. Rome, art. 12 et Règl. Rome I, art. 14.
(149) *Ibid.*, n° 136.

En d'autres termes, dans les rapports entre le créancier et le *solvens*, c'est la loi régissant l'obligation en exécution de laquelle le *solvens* a payé qu'il faudra consulter pour déterminer si le premier est subrogé dans les droits du second. En revanche, c'est la loi applicable aux relations entre le créancier originaire et le débiteur qui déterminera les droits du *solvens* contre le débiteur.

B/ La subrogation conventionnelle

4096 Dans le cadre de la convention de Rome, l'article 13 a été souvent compris comme ne visant que la subrogation légale, la subrogation conventionnelle relevant de l'article 12. Le règlement a confirmé cette interprétation, en englobant dans un même article 14 la cession de créance et la subrogation conventionnelle. Les solutions exposées au sujet de la cession de créance sont donc applicables à la subrogation conventionnelle.

Sous-section IV La vente immobilière

4097 Ainsi qu'on l'a vu, et bien que cela soit déconseillé, les parties peuvent choisir de soumettre le contrat de vente immobilière à une autre loi que la loi du lieu de situation de l'immeuble. La délimitation des domaines respectifs de la loi du contrat et de la loi du lieu de situation s'avère alors particulièrement délicate.

Reprenant la formule d'un auteur (150), la Cour de cassation a affirmé que « si, en dehors de toute concurrence d'une autre loi, la loi de situation de l'immeuble est compétente pour déterminer les prérogatives du titulaire du droit réel, l'acquisition qui résulte d'un acte juridique est, en principe, soumise à la loi choisie par les parties » (151). Ainsi, la loi du contrat s'applique aux aspects personnels (conditions de formation et de validité, à l'exception de la capacité et de la forme, transfert des risques, obligations des parties, résolution), tandis que le transfert de propriété et plus généralement les effets réels du contrat (création et contenu des droits, conditions d'opposabilité, moment du transfert de propriété, réserve de propriété, sort d'un sous-acquéreur, d'un créancier hypothécaire...) obéissent à la loi du lieu de situation (152). En particulier, la loi du lieu de situation détermine les prérogatives du nouveau propriétaire ainsi que le contenu du droit de propriété. C'est donc la loi du lieu de situation de l'immeuble qui décidera si la propriété de la surface emporte celle du dessus ou du dessous, si le propriétaire d'une maison qui borne un cours d'eau a un droit d'eau lui permettant de prélever de l'eau pour ses besoins privés (153). C'est également la loi du lieu de situation qui régit l'opposabilité aux tiers de l'acquisition du droit réel. Si donc la loi de la situation d'un immeuble subordonne cette opposabilité à une mesure de publicité, celle-ci doit être accomplie, quelle que soit la loi applicable au contrat (154).

En revanche, la question de savoir si la lésion est soumise à la loi du lieu de situation ou à la loi du contrat a donné lieu à une jurisprudence incertaine : « En faveur de l'application de

(150) P. Mayer, *Droit international privé*, Montchrestien, 1983, nos 630 et 635.
(151) Cass. 1re civ., 21 juill. 1987, *Castelleretto : Bull. civ.* 1987, I, no 239 ; *Rev. crit. DIP* 1988, p. 699, note J. Héron ; *D.* 1988, somm. 345, obs. B. Audit.
(152) B. Audit : *Rép. dr. int.* Dalloz, Vo *Vente*, no 61.
(153) P. Callé, *Vente d'immeuble. La loi applicable au contrat de vente immobilière. - Quid des règles impératives ? : JCP* G 2013, 1170, spéc., no 16.
(154) Pour un avis plus nuancé quant à l'application de la loi du lieu de situation de l'immeuble à la question de l'opposabilité aux tiers du droit réel : H. Muir Watt et D. Bureau, *Droit international privé*, *op. cit.*, t. II, nos 656 et s.

la loi réelle, on a fait valoir que l'action tend à une revendication de l'immeuble et que l'institution est liée au régime de la propriété foncière ; cette conception a paru consacrée par certaines décisions (Cass. req., 29 juin 1931, préc. – Plus nettement, Paris, 9 févr. 1931, *DP* 1931. 2. 233, note Lerebours-Pigeonnière ; *S.* 1931. 2. 145, note Audinet ; *RDIP* 1931. 348 ; *JDI* 1932. 109). Mais l'opinion dominante rattache aujourd'hui la lésion à la loi du contrat (sans qu'il soit nécessaire de prendre parti sur son fondement subjectif ou objectif) afin de ne pas dissocier les différentes conditions de formation de l'acte (hormis la forme et la capacité) et cette position, qui coexistait déjà avec la précédente en jurisprudence (Cass. 1re civ., 11 juill. 1928, *S.* 1930. 1. 127, note Niboyet), est celle des décisions les plus récentes (Toulouse, 24 sept. 1985, *Rev. crit. DIP* 1986. 322, conf. TGI Toulouse, 29 sept. 1982, *ibid.* 1983. 480, note Légier et Mestre) » (155).

CHAPITRE II L'application des dispositions impératives au contrat de vente d'immeuble dans un contexte international

4098 Ainsi que cela a été étudié précédemment, le contrat de vente d'immeuble est normalement régi par la loi du lieu de situation de l'immeuble. Lorsque l'immeuble est situé en France, la loi française est donc applicable quels que soient la nationalité ou le lieu de résidence habituelle des parties. Il est vrai qu'en théorie, celles-ci peuvent décider de soumettre le contrat à une loi étrangère. Mais, en pratique, cela reste déconseillé, tant les difficultés à délimiter les domaines respectifs de la loi du contrat et de la loi du lieu de situation sont nombreuses. En toute hypothèse, en présence d'un élément d'extranéité, qu'il résulte de la soumission du contrat à une loi étrangère ou – hypothèse plus fréquente – de la résidence habituelle de l'acquéreur à l'étranger, l'application des dispositions impératives prévues par la loi française suscite quelques difficultés. Ainsi en est-il de l'obligation qui pèse sur le vendeur de notifier, préalablement à la conclusion du contrat de vente, un certain nombre de documents au futur acquéreur ou aux titulaires d'un droit de préemption **(Section I)** ou encore de l'obligation d'annexer à la promesse de vente les diagnostics techniques requis pour les immeubles à usage d'habitation **(Section II)**. Lorsque l'immeuble est situé en France, les dispositions imposant ces obligations peuvent être difficilement éludées, ainsi que cela sera évoqué ci-après. Néanmoins, c'est surtout leur mise en œuvre concrète, en présence d'un futur acquéreur résidant à l'étranger, qui soulève des interrogations.

Section I Les obligations d'information

4099 D'une part, les articles L. 271-1 et L. 721-2 du Code de la construction et de l'habitation imposent au vendeur de notifier au futur acquéreur la promesse de vente et ses documents annexes, lorsque la vente porte sur un lot de copropriété. La notification de ces différentes pièces ouvre un délai de rétractation de dix jours à l'acquéreur. En outre, lorsqu'il s'agit d'une vente en l'état futur d'achèvement (dite « VEFA »), l'article R. 261-30 du même code impose au réservant de notifier au réservataire le projet d'acte de vente un mois au moins avant la date de la signature de cet acte **(Sous-section I)**.

(155) B. Audit : *Rép. dr. int.* Dalloz, Vo *Vente*, no 62.

D'autre part, le vendeur est également tenu d'une obligation d'information à l'égard des titulaires d'un droit de préemption **(Sous-section II)**.

Sous-section I Les obligations de notification imposées par les articles L. 271-1, L. 721-2 et R. 261-30 du Code de la construction et de l'habitation

4100 Les obligations de notification imposées par les articles L. 271-1 et L. 721-2 du Code de la construction et de l'habitation doivent être respectées lorsque l'immeuble est situé en France **(§ I)**. Il en va de même de l'obligation de notification imposée par l'article R. 261-30 du même code **(§ II)**. En revanche, la question se pose de savoir dans quelle forme doit intervenir cette notification si le futur acquéreur réside à l'étranger **(§ III)**.

§ I Le respect des obligations de notification imposées par les articles L. 271-1 et L. 721-2

4101 L'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation, issu de la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain, dite loi « SRU », dispose :

« Pour tout acte ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation, la souscription de parts donnant vocation à l'attribution en jouissance ou en propriété d'immeubles d'habitation ou la vente d'immeubles à construire ou de location-accession à la propriété immobilière, l'acquéreur non professionnel peut se rétracter dans un délai de dix jours à compter du lendemain de la première présentation de la lettre lui notifiant l'acte.

Cet acte est notifié à l'acquéreur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout autre moyen présentant des garanties équivalentes pour la détermination de la date de réception ou de remise. La faculté de rétractation est exercée dans ces mêmes formes.

Lorsque l'acte est conclu par l'intermédiaire d'un professionnel ayant reçu mandat pour prêter son concours à la vente, cet acte peut être remis directement au bénéficiaire du droit de rétractation. Dans ce cas, le délai de rétractation court à compter du lendemain de la remise de l'acte, qui doit être attestée selon des modalités fixées par décret.

Lorsque le contrat constatant ou réalisant la convention est précédé d'un contrat préliminaire ou d'une promesse synallagmatique ou unilatérale, les dispositions figurant aux trois alinéas précédents ne s'appliquent qu'à ce contrat ou à cette promesse.

Lorsque le contrat constatant ou réalisant la convention est dressé en la forme authentique et n'est pas précédé d'un contrat préliminaire ou d'une promesse synallagmatique ou unilatérale, l'acquéreur non professionnel dispose d'un délai de réflexion de dix jours à compter de la notification ou de la remise du projet d'acte selon les mêmes modalités que celles prévues pour le délai de rétractation mentionné aux premier et troisième alinéas. En aucun cas l'acte authentique ne peut être signé pendant ce délai de dix jours ».

Lorsque la vente porte sur un lot de copropriété, l'article L. 721-2 issu de la loi Alur prévoit que :

« I. – Les dispositions du présent article s'appliquent à la vente d'un lot ou d'une fraction de lot ou à la cession d'un droit réel immobilier relatif à un lot ou à une fraction de lot d'un immeuble bâti à usage total ou partiel d'habitation et soumis au statut de la copropriété.

II. – En cas de promesse de vente, sont remis à l'acquéreur, au plus tard à la date de signature de la promesse, les documents et informations suivants :

1° Les documents relatifs à l'organisation de l'immeuble :

a) La fiche synthétique de la copropriété prévue à l'article 8-2 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis (1) ;

b) Le règlement de copropriété et l'état descriptif de division ainsi que les actes les modifiant, s'ils ont été publiés ;

c) Les procès-verbaux des assemblées générales des trois dernières années, sauf lorsque le copropriétaire vendeur n'a pas été en mesure d'obtenir ces documents auprès du syndic ;

2° Les informations financières suivantes :

a) Le montant des charges courantes du budget prévisionnel et des charges hors budget prévisionnel payées par le copropriétaire vendeur au titre des deux exercices comptables précédant la vente ;

b) Les sommes susceptibles d'être dues au syndicat des copropriétaires par l'acquéreur ;

c) L'état global des impayés de charges au sein du syndicat et de la dette vis-à-vis des fournisseurs ;

d) Lorsque le syndicat des copropriétaires dispose d'un fonds de travaux, le montant de la part du fonds de travaux rattachée au lot principal vendu et le montant de la dernière cotisation au fonds versée par le copropriétaire vendeur au titre de son lot.

(...) ».

Et l'article L. 721-3 ajoute :

« Lorsque les documents et les informations mentionnés aux 1° et 2° du II de l'article L. 721-2 exigibles en application des dispositions prévues au même article ne sont pas remis à l'acquéreur au plus tard à la date de la signature de la promesse de vente, le délai de rétractation prévu à l'article L. 271-1 ne court qu'à compter du lendemain de la communication de ces documents et informations à l'acquéreur.

Lorsque les documents et les informations mentionnés au 1° et au *c* du 2° du II de l'article L. 721 2 ne sont pas joints au projet d'acte authentique conformément aux dispositions du III de l'article L. 721-2, le délai de réflexion mentionné à l'article L. 271-1 ne court qu'à compter du lendemain de la communication de ces documents et informations à l'acquéreur.

La communication mentionnée aux premier et deuxième alinéas est réalisée selon les modalités de notification ou de remise de la promesse ou de l'acte authentique de vente prévues à l'article L. 271-1 ».

En d'autres termes, lorsque la vente porte sur un immeuble à usage d'habitation, l'acquéreur non professionnel dispose d'un délai de rétractation de dix jours à compter de la notification de la promesse de vente. Lorsque la vente porte sur un lot de copropriété, ce délai ne commence pas à courir tant que n'ont pas été notifiés à l'acquéreur un certain nombre de documents relatifs à l'organisation de l'immeuble et à la situation financière de la copropriété.

Lorsque l'immeuble est situé en France, la vente est normalement soumise à la loi française : soit les parties l'auront expressément soumise à la loi française, ce qui est recommandé, soit, à défaut de choix par les parties, la loi française sera applicable en tant que loi du lieu de situation de l'immeuble.

Reste l'hypothèse, rarissime en pratique, où les parties auraient soumis la vente à une loi étrangère. Dans ce cas, les prescriptions des articles L. 271-1 et L. 721-2 doivent-elles être respectées dès lors que l'immeuble est situé en France ?

Sous l'empire de la convention de Rome, il a été soutenu que l'article L. 271-1 était une loi de police revendiquant son application alors même que les parties auraient soumis le contrat de vente à une loi étrangère (156).

En revanche, après l'entrée en vigueur du règlement Rome I, certains auteurs ont émis des doutes quant à cette qualification. L'on sait en effet que dans l'article 9 du règlement, la définition des lois de police est limitée à la sauvegarde des seuls « intérêts publics » de l'État, ce qui conduirait à exclure la qualification de loi de police pour toute disposition visant la protection d'intérêts privés catégoriels, tels ceux des consommateurs (157). Cependant, cette analyse n'est pas partagée par tous les auteurs. Le professeur H. Gaudemet-Tallon (158) estime ainsi que les dispositions protectrices du consommateur devraient conserver la qualification de lois de police et souligne la difficulté qu'il y a souvent à distinguer les intérêts privés des intérêts publics : dans bien des cas, les deux catégories d'intérêts sont intimement liées et la qualification de loi de police ne doit pas être exclue pour autant.

Ainsi, s'agissant du délai de rétractation, l'objectif poursuivi par le législateur est certes d'assurer la protection de l'acquéreur immobilier non professionnel. Mais il s'agit aussi d'assurer la protection du marché immobilier. En ce sens, il peut être considéré que le délai organisé par la loi française poursuit la protection à la fois d'intérêts privés et d'intérêts publics et, partant, que la qualification de loi de police doit être retenue toutes les fois que l'immeuble est situé en France (159).

Quoi qu'il en soit, et tant que la question n'aura pas été tranchée par les tribunaux, il est recommandé au notaire de purger le délai de rétractation lorsque les conditions d'application en sont réunies, quand bien même les parties auraient soumis le contrat de vente à une loi étrangère. Cela suppose de notifier la promesse de vente à l'acquéreur et lorsque la vente porte sur un lot de copropriété les documents visés à l'article L. 721-2 du Code de la construction et de l'habitation.

(156) D. Boulanger, *L'application dans l'espace de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation : JCP* N 2001, p. 1696 et s. – L. Perreau-Saussine, *L'immeuble et le droit international privé*, Defrénois, 2006, n° 423.

(157) L. d'Avout, *Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I : D.* 2008, p. 2165. – L. Perreau-Saussine, *Le règlement Rome 1 et la protection de l'accession au logement : l'impérativité désactivée de la loi française : RD imm.* 2009, p. 512.

(158) H. Gaudemet-Tallon : *JCl. Europe Traité*, Fasc. 552-15, n° 94.

(159) *Contra*, P. Callé, *La loi applicable au contrat de vente immobilière. - Quid des règles dites impératives ?*, *op. cit.*, n° 18. D'après cet auteur, la question du délai de rétractation dépendrait non pas de la loi applicable au contrat de vente, mais de la loi applicable à la promesse de vente, qui ne bénéficie pas du rattachement à la loi du lieu de situation de l'immeuble limité aux contrats faisant naître des droits réels immobiliers. Ainsi, à défaut de choix de loi par les parties, il faudrait appliquer la loi des liens les plus étroits qui serait, selon les cas, la loi du lieu de résidence habituelle de l'acheteur et du vendeur, lorsque ces derniers ont leur résidence habituelle dans le même État, quel que soit alors le lieu de situation de l'immeuble, ou la loi de situation de l'immeuble lorsque l'acheteur et le vendeur ont leur résidence habituelle dans deux États différents. Ainsi, toujours d'après cet auteur, lorsque la promesse de vente serait soumise à une loi étrangère, les dispositions de la loi française relatives au délai de rétractation de l'acquéreur ne pourraient pas recevoir au titre des lois de police, car cette qualification serait réservée aux seules dispositions assurant la protection d'intérêts publics.

§ II La notification du projet d'acte de vente en l'état futur d'achèvement

4102 L'article R. 261-30 du Code de la construction et de l'habitation prévoit : « Le réservant doit notifier au réservataire le projet d'acte de vente un mois au moins avant la date de la signature de cet acte ».

Lorsque l'immeuble à construire est situé en France, cette obligation d'information doit être remplie quand bien même les parties auraient choisi de soumettre le contrat à une loi étrangère.

À l'instar des obligations d'information imposées par les articles L. 271-1 et L. 721-3 du même code, l'obligation d'information imposée dans le cadre d'une vente en l'état futur d'achèvement a pour objet d'assurer la protection à la fois d'intérêts privés et de l'intérêt public.

Elle s'impose donc au titre des lois de police lorsque l'immeuble est situé en France.

§ III La forme de la notification

4103 L'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation impose une notification « par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout autre moyen présentant des garanties équivalentes pour la détermination de la date de réception ou de remise ».

L'article R. 261-30 du même code ne précise pas le moyen par lequel le projet d'acte de vente doit être notifié au réservataire.

Lorsque l'acquéreur réside à l'étranger, la question de la forme de la notification à employer se pose.

La solution imposée par les textes soulève quelques inconvénients et peut s'avérer difficile à mettre en œuvre en pratique **(A)**. C'est la raison pour laquelle il convient de s'interroger sur la possibilité d'explorer d'autres solutions et d'envisager la possibilité d'avoir recours à d'autres modes de notification que ceux prévus par les textes qui garantissent avec une fiabilité suffisante que le destinataire des documents les a bien reçus et en a pris connaissance **(B)**.

A/ La solution imposée par les textes

4104 Il faut ici distinguer selon que l'acquéreur réside dans un État membre de l'Union **(I)**, qu'il réside dans un État tiers de l'Union mais lié par la Convention de La Haye du 15 novembre 1965, relative à la signification et la notification à l'étranger d'actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale ou par une convention bilatérale **(II)**, ou qu'il réside dans un État tiers qui n'est lié par aucune convention **(III)**.

I/ Acquéreur résidant dans un État membre de l'Union

4105 Lorsque l'acquéreur réside dans un État membre de l'Union, il doit être normalement fait application du règlement n° 1393/2007 du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, applicable depuis le 13 novembre 2008.

La Cour de justice retient en effet une conception extensive de la notion d'« acte extrajudiciaire ».

Dans un arrêt du 11 novembre 2015 (160), elle a dit pour droit que par acte extrajudiciaire, au sens du règlement n° 1393/2007, il faut entendre « à la fois les documents établis ou certifiés par une autorité publique ou un officier ministériel et les actes privés dont la

(160) CJUE, 11 nov. 2015, aff. C-223/14 : *Procédures* 2016, comm. 23, C. Nourissat.

transmission formelle à leur destinataire résidant à l'étranger est nécessaire à l'exercice, à la preuve ou à la sauvegarde d'un droit ou d'une prétention juridique en matière civile ou commerciale ».

On peut donc considérer que le règlement est applicable à la notification de la promesse de vente et des documents visés par l'article L. 721-2 pour la vente d'un lot de copropriété.

L'article 16 de ce règlement prévoit que « les actes extrajudiciaires peuvent être transmis aux fins de signification ou de notification dans un autre État membre conformément aux dispositions du présent règlement ».

Ce texte renvoie à la notification ou à la signification des actes judiciaires.

Aux termes de l'article 4 du même règlement : « Les actes judiciaires sont transmis directement et dans les meilleurs délais entre les entités désignées en vertu de l'article 2 ». En France, l'entité à laquelle le texte se réfère est l'huissier de justice.

Cependant, l'article 14 du même règlement énonce que : « Tout État membre a la faculté de procéder directement par l'intermédiaire des services postaux, par lettre recommandée avec accusé de réception ou envoi équivalent, à la signification ou à la notification des actes judiciaires aux personnes résidant dans un État membre ».

Et la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que ce texte, comme l'article 16, ne distingue pas entre les notifications et les significations, censurant par là même une cour d'appel qui avait refusé d'en faire application (161).

Dès lors, en application de ce texte, rien ne s'oppose à ce que les notifications imposées par les dispositions du Code de la construction et de l'habitation soient réalisées par lettre recommandée avec demande d'avis de réception lorsque le destinataire est établi dans un État membre de l'Union.

Cependant, l'on peut penser que l'utilisation d'autres modes de notification reste possible.

D'une part, l'article 14 précité du règlement n° 1393/2007 autorise tout État membre à procéder directement par l'intermédiaire des services postaux, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou « envoi équivalent ». La lettre du texte ne s'oppose donc pas à ce qu'il soit fait recours à des sociétés privées internationalement connues pour procéder à la notification dès lors, à tout le moins, que le destinataire accuse réception de l'acte.

D'autre part, le règlement n° 910/2014 du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur, dit « e-IDAS », applicable depuis le 1er juillet 2016, autorise la notification de documents électroniques par lettre recommandée électronique. Cet instrument instaure en effet un cadre juridique pour les services de signatures électroniques, de cachets électroniques, d'horodatages électroniques, de documents électroniques, d'envois recommandés électroniques et les services de certificats pour l'authentification de sites internet. Il impose ainsi au sein de l'Union européenne la reconnaissance mutuelle transfrontalière des moyens d'identification électronique et des conditions d'interopérabilité de certains dispositifs dont la lettre recommandée électronique : « Il est essentiel de prévoir un cadre juridique en vue de faciliter la reconnaissance transfrontalière entre les systèmes juridiques nationaux existants en matière de services d'envoi recommandé électronique » (consid. 66).

(161) Cass. 2e civ., 8 janv. 2015, n° 13-26.224 : *Bull. civ.* 2015, II, n° 6.

Concrètement, ce règlement interdit aux États membres de refuser la lettre recommandée électronique acheminée par une entreprise d'un autre État membre si elle répond à un certain nombre de critères. Il fournit une définition unique de la notion de service d'envoi en recommandé : il s'agit d'« un service qui permet de transmettre des données entre des tiers par voie électronique, qui fournit des preuves concernant le traitement des données transmises, y compris la preuve de leur envoi et de leur réception, et qui protège les données transmises contre les risques de perte, de vol, d'altération ou de toute modification non autorisée » (162). Il détermine les effets d'un envoi recommandé électronique (163) et les exigences applicables aux services d'envoi recommandé électronique certifié (164).

Si les critères posés sont remplis, rien ne devrait donc s'opposer à ce que la technique de l'envoi recommandé électronique soit employée pour procéder aux notifications imposées par le Code de la construction et de l'habitation dans le cadre d'une vente immobilière, dès lors que le destinataire est domicilié dans un État membre de l'Union européenne.

II/ Acquéreur résidant dans un État tiers de l'Union mais partie à la Convention de La Haye du 15 novembre 1965 ou lié à la France par une convention bilatérale

4106 Si l'acquéreur ne réside pas dans un État membre de l'Union mais dans un État partie à la Convention de La Haye du 15 novembre 1965, relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, ce sont normalement les règles prévues par cette convention qui doivent être appliquées.

L'acte devra être transmis à un huissier de justice qui se chargera de procéder à la notification conformément aux dispositions de la convention qui instaurent un système de notification ou signification par l'intermédiaire d'une autorité centrale (165).

La demande de signification ou de notification sera adressée à l'autorité centrale de l'État requis par « l'autorité ou l'officier ministériel compétent selon les lois de l'État d'origine » (166). Si la demande émane de la France, elle sera donc adressée à l'autorité requise directement par l'autorité ou l'huissier compétent.

L'autorité centrale de l'État requis procède alors ou fait procéder à la signification ou la notification selon les formes prescrites par sa propre législation ou selon la forme particulière demandée par le requérant, pourvu que celle-ci ne soit pas incompatible avec sa loi (167).

Certes, d'autres formes de notification restent possibles.

L'article 10 de la Convention de La Haye du 15 novembre 1965 prévoit :

« La présente Convention ne fait pas obstacle, sauf si l'État de destination déclare s'y opposer :

a) à la faculté d'adresser directement, par la voie de la poste, des actes judiciaires aux personnes se trouvant à l'étranger ».

(162) Règl. nº 910/2014, art. 3, pt 36.
(163) Règl. nº 910/2014, art. 43.
(164) Règl. nº 910/2014, art. 44.
(165) Conv. La Haye 15 nov. 1965, art. 2.
(166) Conv. La Haye 15 nov. 1965, art. 3.
(167) Conv. La Haye 15 nov. 1965, art. 5.

Et l'article 21 ajoute que chaque « État contractant notifiera au ministère des Affaires étrangères des Pays-Bas, soit au moment du dépôt de son instrument de ratification ou d'adhésion, soit ultérieurement (...) son opposition à l'usage des voies de transmission prévues aux articles 8 et 10 ».

En d'autres termes, la convention autorise la notification par voie postale à condition que l'État de destination ne s'y soit opposé.

Cependant, la lecture de l'état présent de la convention sur le site de la Conférence de La Haye révèle que plusieurs États ont manifesté leur opposition à l'utilisation de ce mode de notification. Ainsi en est-il, à titre d'exemple, de l'Argentine, du Brésil, de la Croatie ou encore de l'Égypte. À l'évidence, cette restriction n'est pas confortable pour le notaire : comment savoir si l'État dans lequel il doit procéder à une notification a exclu ou non la possibilité de recourir à la voie postale ?

Si l'État de destination a manifesté son opposition à ce mode de transmission, il faudra donc procéder à la notification de l'acte par l'intermédiaire d'une autorité centrale.

L'emploi du recommandé électronique ne semble pas cependant totalement exclu par la convention.

Son article 19 prévoit en effet que : « La présente Convention ne s'oppose pas à ce que la loi interne d'un État contractant permette d'autres formes de transmission non prévues dans les articles précédents, aux fins de signification ou de notification, sur son territoire, des actes venant de l'étranger ».

En conséquence, si l'État de destination l'admet, rien ne devrait s'opposer à l'emploi du recommandé électronique dans le cadre de la convention.

Par ailleurs, il se peut que l'acquéreur réside dans un État lié à la France par une convention bilatérale prévoyant des règles de signification et de notification. Dans ce cas, ce sont normalement les règles prévues par cette convention qui doivent être appliquées.

III/ Acquéreur résidant dans un État tiers de l'Union qui n'est pas partie à la convention de La Haye et qui n'est lié par aucune convention bilatérale avec la France

4107 Si, enfin, l'acquéreur réside dans un État tiers de l'Union qui n'est pas partie à la Convention de La Haye du 15 novembre 1965 et qui, au surplus, n'est lié par aucune convention bilatérale avec la France, il faut recourir aux règles de droit commun sur la notification des actes à l'étranger (168).

Aux termes de l'article 683 du Code de procédure civile, les notifications d'actes à destination de l'étranger sont faites par voie de signification, c'est-à-dire par exploit d'huissier, et cette signification doit être faite à parquet (169).

Cependant, en pratique, ces règles de notification, comme le système de notification prévu par la convention de La Haye lorsque l'État de destination a manifesté son opposition à la notification des actes par voie postale ou n'admet pas l'emploi du recommandé électronique, s'avèrent difficiles à mettre en œuvre.

Dans un cas comme dans l'autre, cela conduit à un allongement considérable des délais dans la conclusion de la vente qui pourrait rendre hostiles certains vendeurs à la conclusion de contrat de vente avec un acquéreur résidant à l'étranger.

(168) CPC, art. 683 et s.
(169) CPC, art. 684.

Au surplus, ces règles ne garantissent pas avec une fiabilité suffisante que l'acquéreur a bien reçu les documents qui lui étaient destinés.

Il convient dès lors d'envisager la possibilité d'employer d'autres modes de notification, souvent déjà employés dans la pratique notariale.

B/ L'emploi d'autres modes de notification

4108 La question de l'utilisation d'autres modes de notification que ceux prévus par les textes ne se pose pas véritablement dans le cadre intra-européen. Lorsque l'acquéreur réside dans un État membre de l'Union, on l'a vu, le règlement n° 1393/2007 autorise l'emploi de techniques équivalentes à l'envoi d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le nouveau règlement « eIDAS » permet par ailleurs l'utilisation du recommandé électronique.

En revanche, dans les relations avec les États tiers et même dans les relations avec les États parties à la convention de La Haye, l'application littérale des textes s'avère, ainsi qu'on vient de le voir, problématique.

La pratique notariale a développé depuis longtemps l'utilisation d'autres modes de notification qui ne sont pas visés par les textes. Il est généralement fait appel aux services prêtés par des sociétés privées internationalement connues pour procéder aux notifications imposées par le Code de la construction et de l'habitation lorsque l'acquéreur réside à l'étranger.

Or, du moment qu'ont été prises un certain nombre de précautions, l'utilisation de cette technique devrait être admise.

L'objectif visé par la convention de La Haye de 1965 comme par les textes du Code de procédure civile est en effet de s'assurer que le destinataire de l'acte en a eu connaissance, quand bien même il résiderait dans un autre État que celui où l'acte a été émis. L'objectif visé par les textes du Code de la construction et de l'habitation est quant à lui de protéger l'acquéreur immobilier en lui accordant un délai de réflexion avant la signature de l'acte définitif.

Dès lors, et dans la mesure où il est établi que l'acquéreur a bien reçu les documents qui lui étaient destinés suffisamment à temps pour bénéficier dudit délai de réflexion, rien ne devrait s'opposer à ce que la notification soit effectuée par l'intermédiaire de ces sociétés privées.

À cet effet, et pour éviter toute contestation ultérieure, il devrait être demandé à l'acquéreur d'adresser au notaire un accusé de réception des documents envoyés pour ainsi déterminer avec certitude la date à laquelle cette remise est intervenue.

Ensuite, dans l'acte notarié définitif, il devrait être indiqué que l'acquéreur a reçu l'avant-contrat à telle ou telle date et qu'il a pu bénéficier du délai de réflexion imposé par les textes.

Ces précautions devraient permettre toute contestation de la part de l'acquéreur une fois que l'acte définitif a été signé.

Cependant, tant que cet acte n'a pas été signé, l'acquéreur pourrait se prévaloir du non-respect des textes relatifs à la notification des actes à l'étranger pour s'opposer à la conclusion de la vente.

C'est la raison pour laquelle, et pour éviter que la responsabilité du notaire ne soit engagée par le vendeur, il devrait être demandé à ce dernier, avant d'utiliser toute technique de notification non visée par les textes, d'admettre qu'il soit fait application de cette technique pour la notification des documents contractuels à l'acquéreur résidant à l'étranger.

Sous-section II L'obligation d'information aux titulaires d'un droit de préemption

4109 La loi française impose au vendeur d'un bien immobilier d'informer les différents titulaires d'un droit de préemption (commune et locataire notamment).

Si le bien immobilier est situé en France, le droit de préemption prévu par la loi française trouve à s'appliquer, quelle que soit la loi applicable au contrat de vente.

Le droit de préemption est intimement lié au transfert du droit réel. Or, ainsi qu'on l'a vu, cette question relève de la loi du lieu de situation de l'immeuble qui n'est autre que la loi française.

En toute hypothèse, il peut être considéré que les règles relatives à la purge des droits de préemption sont constitutives de loi de police. Les droits de préemption urbains se justifient pour des raisons d'intérêt général liées aux politiques des collectivités publiques, et les droits de préemption mis à disposition du locataire sont conçus comme des instruments au service, non seulement de la justice sociale, mais de l'aménagement foncier et de la politique du logement (170). Ils participent donc à l'organisation politique, économique et sociale de la France et leur application s'impose dès lors que l'immeuble objet de la vente est situé en France.

Le notaire en charge de la vente d'un immeuble situé en France doit donc s'assurer du respect des dispositions relatives aux droits de préemption pouvant s'appliquer, quelle que soit la loi applicable au contrat de vente et quels que soient la nationalité ou le lieu de résidence habituelle des parties.

Section II L'obligation d'annexer les diagnostics techniques à la promesse de vente

4110 L'article L. 271-4 du Code de la construction et de l'habitation dispose :

« I. – En cas de vente de tout ou partie d'un immeuble bâti, un dossier de diagnostic technique, fourni par le vendeur, est annexé à la promesse de vente ou, à défaut de promesse, à l'acte authentique de vente. En cas de vente publique, le dossier de diagnostic technique est annexé au cahier des charges.

Le dossier de diagnostic technique comprend, dans les conditions définies par les dispositions qui les régissent, les documents suivants :

1° Le constat de risque d'exposition au plomb prévu aux articles L. 1334-5 et L. 1334-6 du Code de la santé publique ;

2° L'état mentionnant la présence ou l'absence de matériaux ou produits contenant de l'amiante prévu à l'article L. 1334-13 du même code ;

3° L'état relatif à la présence de termites dans le bâtiment prévu à l'article L. 133-6 du présent code ;

4° L'état de l'installation intérieure de gaz prévu à l'article L. 134-6 du présent code ;

5° Dans les zones mentionnées au I de l'article L. 125-5 du Code de l'environnement, l'état des risques naturels et technologiques prévu au deuxième alinéa du I du même article ;

(170) Sur les fondements des différents droits de préemption, V. G. Pillet : *Rép. dr. imm.* Dalloz, V° *Préemption et retraits*.

6° Le diagnostic de performance énergétique prévu à l'article L. 134-1 du présent code ;

7° L'état de l'installation intérieure d'électricité prévu à l'article L. 134-7 ;

8° Le document établi à l'issue du contrôle des installations d'assainissement non collectif mentionné à l'article L. 1331-11-1 du Code de la santé publique ;

9° Dans les zones prévues à l'article L. 133-8, l'information sur la présence d'un risque de mérule.

Les documents mentionnés aux 1°, 4° et 7° ne sont requis que pour les immeubles ou parties d'immeuble à usage d'habitation.

Le document mentionné au 6° n'est pas requis en cas de vente d'un immeuble à construire visée à l'article L. 261-1.

Lorsque les locaux faisant l'objet de la vente sont soumis aux dispositions de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis ou appartiennent à des personnes titulaires de droits réels immobiliers sur les locaux ou à des titulaires de parts donnant droit ou non à l'attribution ou à la jouissance en propriété des locaux, le document mentionné au 1° porte exclusivement sur la partie privative de l'immeuble affectée au logement et les documents mentionnés au 3°, 4° et 7° sur la partie privative du lot.

II. – En l'absence, lors de la signature de l'acte authentique de vente, d'un des documents mentionnés aux 1°, 2°, 3°, 4°, 7° et 8° du I en cours de validité, le vendeur ne peut pas s'exonérer de la garantie des vices cachés correspondante.

En l'absence, lors de la signature de l'acte authentique de vente, du document mentionné au 5° du I, l'acquéreur peut poursuivre la résolution du contrat ou demander au juge une diminution du prix.

En cas de non-conformité de l'installation d'assainissement non collectif lors de la signature de l'acte authentique de vente, l'acquéreur fait procéder aux travaux de mise en conformité dans un délai d'un an après l'acte de vente.

L'acquéreur ne peut se prévaloir à l'encontre du propriétaire des informations contenues dans le diagnostic de performance énergétique qui n'a qu'une valeur informative ».

Le vendeur peut-il éluder la réalisation de ces diagnostics lorsque les parties ont soumis le contrat de vente d'un immeuble situé en France à la loi étrangère ?

Un auteur soutient que l'absence de l'un des diagnostics exigés par la loi étant sanctionnée simplement par l'interdiction pour le vendeur de s'exonérer de la garantie des vices cachés, les dispositions de l'article L. 271-4 du Code de la construction et de l'habitation ne se justifieraient pas pour des raisons d'intérêt général et ne pourraient donc s'imposer au titre des lois de police (171). Il semble au contraire que le respect des dispositions de ce texte s'impose dès lors que l'immeuble est situé en France.

D'une part, la réalisation de ces diagnostics est liée au transfert du droit réel, lequel est soumis à la loi du lieu de situation.

D'autre part, si ces diagnostics ont certes pour objet d'assurer l'information de l'acquéreur immobilier, ils se justifient surtout pour des raisons de santé publique et de protection de l'environnement. Les diagnostics sur les installations de gaz et d'électricité trouvent une justification dans la prévention des risques ; les diagnostics sur la recherche d'amiante, sur les risques d'exposition au plomb et sur la présence de termites procèdent de l'intention de

(171) P. Callé, *La loi applicable au contrat de vente immobilière. - Quid des règles dites impératives ?, op. cit.*, n° 21.

protéger les tiers, notamment au titre de l'insalubrité et de la décence. Le diagnostic concluant à la présence de plomb doit en effet être communiqué à la préfecture qui peut décider de mesures de rénovation si nécessaire. Quant aux diagnostics de performance énergétique et de l'état de raccordement à l'installation d'assainissement, ils sont justifiés par des raisons liées à la protection de l'environnement. L'article L. 271-4 du Code de la construction et de l'habitation prévoit qu'en cas de vente, l'acquéreur dispose d'un délai d'un an pour réaliser les travaux de mise aux normes du système d'assainissement individuel. Tous les contrôles effectués lors des ventes permettent de rénover les logements peu à peu, lorsqu'ils sont vendus. Il a été observé que les immeubles sont en moyenne revendus tous les sept ans. Le parc immobilier est ainsi progressivement rénové grâce à ces contraintes légales. La réalisation de ces diagnostics s'impose donc pour des raisons d'intérêt public, de sorte que la qualification de loi de police semble bien pouvoir être retenue (172).

SOUS-TITRE III

Le prix de vente à l'international

CHAPITRE I La détermination du prix de vente à l'international

4111 Lorsqu'un vendeur et un acquéreur étrangers s'accordent sur l'objet et le prix du contrat de vente d'un bien immobilier situé en France, ils s'appuient sur l'expertise du notaire pour la suite de la vente. Le prix de vente est l'un des éléments essentiels du contrat de vente immobilière dont le notaire doit assurer la sécurité juridique.

En présence d'éléments d'extranéité, le notaire doit être attentif à ne pas omettre certaines informations et à respecter des procédures pour la détermination et le paiement du prix de vente. Associé au travail de vigilance des autorités en charge du contrôle des flux financiers, il a le devoir d'effectuer des vérifications, des déclarations.

Dans le cadre d'un contrat de vente portant sur un bien immobilier situé en France, il semble logique de prévoir que le prix sera convenu en euros, monnaie de la loi du contrat. Néanmoins, certains vendeurs et acquéreurs étrangers souhaitent effectuer la vente dans une monnaie étrangère commune. Quelle que soit la monnaie du prix de vente, le notaire doit veiller à éviter certains écueils qui pourraient mettre le contrat en danger et entraîner la mise en cause de sa responsabilité. Avant de développer les modalités de paiement du prix, en euros ou dans une monnaie étrangère choisie d'un commun accord entre les parties, il semble opportun d'analyser quels sont les écueils à anticiper.

(172) Dans le même sens, J. Gasté et X. Ricard, *Quels sont les diagnostics à fournir en matière de vente dans un contexte international ? : JCP* N 2014, 1207.

Section I La sécurisation du choix de la monnaie du prix de vente

Dans un contrat de vente, le prix est l'un des éléments essentiels pour les parties. En présence de cocontractants étrangers, le notaire doit veiller à apporter la sécurité juridique au contrat de vente qu'il reçoit en anticipant les risques et en apportant le plus de précisions possibles pour limiter les manquements dans le conseil. **4112**

Sous-section I L'obligation de paiement au moyen de virements bancaires

Les transferts de fonds de compte à compte sont régis par le Code monétaire et financier. Selon l'article L. 112-6-1 de ce code : « Les paiements effectués ou reçus par un notaire pour le compte des parties à un acte reçu en la forme authentique et donnant lieu à publicité foncière doivent être assurés par virement ». Conformément à cet article, un décret du Conseil d'État a imposé le seuil de 3 000 € au-delà duquel les paiements doivent être effectués par virement. En conséquence, tous les paiements relatifs à un dossier de vente d'immeuble doivent être réalisés par virement si le prix est supérieur à 3 000 €. **4113**

En matière de vente comportant un élément d'extranéité, le notaire doit avertir ses clients de cette obligation pour qu'ils organisent le transfert des fonds.

Le notaire doit utilement solliciter de son client acquéreur qu'il fournisse une attestation de la banque émettrice certifiant que c'est bien un compte ouvert à son nom qui a été débité. Ceci est évoqué *infra*, n° 4120.

Tous les pays membres de l'Union européenne sont membres de l'espace unique du paiement en euros, communément appelé SEPA (*Single Euro Payments Area*), même ceux dont la monnaie n'est pas l'euro. Monaco, la Suisse, le Liechtenstein, la Norvège, l'Islande et Saint-Marin sont aussi membres du SEPA. Celui-ci a été initié par la Banque centrale européenne, des établissements bancaires européens, suisses et monégasques et par la Commission européenne, au moyen d'une directive sur les services de paiement publiée au *Journal officiel de l'Union européenne* le 5 décembre 2007. Ensuite, le règlement n° 260/2012 du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2012 a établi les exigences techniques et commerciales pour les virements et les prélèvements en euros et modifié le règlement (CE) n° 924/2009 afin d'harmoniser, sécuriser et faciliter les paiements intra-européens. Ce règlement a privilégié trois moyens de paiements : les virements, les prélèvements et les paiements par carte bancaire. Quelle que soit leur taille, toutes les entreprises sont concernées et elles ne peuvent pas refuser un paiement par prélèvement ou virement en euros au motif que le compte bancaire du consommateur est situé dans un autre État européen (173). Ainsi, tout paiement transfrontalier en euros est traité avec la même rapidité, la même sécurité et dans les mêmes conditions qu'un paiement national.

La standardisation des paiements facilite la surveillance des paiements en Europe et le contrôle de la fraude et du blanchiment. Cela ne doit pas diminuer la vigilance du notaire à propos des fonds qu'il réceptionne.

(173) Rappel de la DGCCRF du 15 mai 2018 : selon l'article 9 du règlement n° 260/2012.

Sous-section II Les précautions rédactionnelles sécurisant le contrat

4114 Si les parties choisissent une monnaie de paiement différente de l'euro, le notaire doit identifier les points sensibles potentiellement source de litiges.

Le premier d'entre eux est l'homonymie de certaines monnaies. Le notaire doit bien préciser la monnaie choisie afin d'ôter tout doute sur la monnaie utilisée : livre sterling, livre turque ou livre égyptienne, dollar américain, australien, de Singapour, Hong Kong, néo-zélandais ou canadien, dinar algérien ou irakien, couronne suédoise, norvégienne ou tchèque, peso mexicain ou argentin...

Le second est l'imprévision en raison de l'évolution inéluctable de la monnaie étrangère par rapport à l'euro. Le notaire doit veiller à que les parties signent l'avant-contrat de vente en connaissant parfaitement leurs engagements : l'acquéreur doit connaître le montant de la somme qu'il devra dépenser pour payer le prix de vente et le vendeur doit savoir quel est le prix de vente qu'il va recevoir pour notamment désintéresser ses créanciers. Aucun des deux ne doit subir de perte en raison de la variation des taux de change entre la signature de l'avant-contrat et celle de l'acte de vente. À défaut, l'article 1195 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016, prévoit que si « un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation ». En d'autres termes, si la dépense initialement prévue par l'acquéreur dans sa monnaie de paiement étrangère augmente sensiblement entre l'avant-contrat et l'acte authentique de vente parce que l'euro a une valeur accrue, celui-ci peut solliciter une renégociation du prix de vente.

L'article 1195, alinéa 2 du Code civil poursuit en indiquant qu'en « cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation ». Cela signifie que le contrat de vente demeure fragile et incertain, car si les parties ne parviennent pas à un accord sur un nouveau prix ou de nouvelles modalités de paiement, elles peuvent décider de l'annuler. Pire, à défaut d'accord entre les parties, le juge peut « réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ». Il pourra alors être reproché au notaire de ne pas avoir anticipé la dégradation du taux de change de la monnaie étrangère dans la période précontractuelle.

Il est à noter que le principe de la force obligatoire des contrats est *a priori* respecté puisqu'un contrat doit être appliqué dès lors qu'il est clairement établi. Mais il n'en demeure pas moins que le notaire supporte la lourde responsabilité de le sécuriser, car sinon il peut être résolu amiablement ou judiciairement.

Le notaire ne devrait donc pas prévoir que le prix de vente fixé à un certain montant dans l'avant-contrat sera payé au moment de l'acte authentique de vente selon le taux de change en vigueur au moment de la réitération par acte authentique.

En conséquence, lorsque les parties prévoient dans l'avant-contrat de vente que le prix en euros sera payé dans une monnaie de paiement étrangère (par ex. en livres sterling), le notaire doit leur conseiller de fixer le prix de façon ferme et définitive dès ce stade du processus de vente.

Le coin du praticien

Il convient de mentionner que le prix « X » en euro correspond au jour de l'avant-contrat à la somme de « X' » livres sterling selon le taux de change du jour et que ce prix ne variera pas, quel que soit le cours de la monnaie étrangère par rapport à l'euro au moment de la signature de l'acte authentique de vente.

Voici un modèle de clause qui peut être proposé en la matière : « Les parties conviennent que le prix de vente est de : ... euros. D'un commun accord entre elles, les parties déclarent que ledit prix correspond à la somme de ... + devise étrangère convenue entre les parties, selon le taux de conversion de change en vigueur à la date du ..., d'un montant de ... équivalent pour UN EURO ».

4115 De même, en présence d'un vendeur étranger ou d'un vendeur français résidant à l'étranger qui a donné un relevé bancaire d'un compte ouvert sous une autre devise, il est conseillé au notaire de l'informer qu'il va recevoir son prix en euros et qu'il lui appartient de se renseigner sur les conditions imposées par sa banque pour la réception des fonds. Il est important de lui expliquer qu'il devra payer une commission à sa banque et que le taux de change en vigueur au moment du virement bancaire sera appliqué.

Le coin du praticien

Cette information peut être transmise selon le modèle suivant :

« Cher M./M^me^..., je vous informe que le paiement du prix de vente sera effectué en euros. Je vous laisse le soin de vous renseigner auprès de votre établissement bancaire afin de connaître les conditions et modalités de la conversion des fonds lors de leur réception et le montant de la commission qui sera prélevé par votre banque ».

Cette information peut être capitale lorsque le pays destinataire des fonds utilise une monnaie considérée comme fragile, susceptible d'être dévaluée compte tenu des circonstances géopolitiques. Cela peut permettre au vendeur de réaliser qu'il doit songer à transférer les fonds *via* un organisme de conversion de change qui l'aidera à sécuriser son capital en bloquant un taux convenable pour lui.

4116 Ensuite, dans l'hypothèse rarissime où le vendeur affirmerait dès la préparation de l'avant-contrat qu'il accepte de vendre son bien immobilier à condition de recevoir une certaine somme d'argent en devises étrangères, sur un compte ouvert à l'étranger, le notaire devrait lui indiquer quelles sont les conséquences de son choix. Entre le moment de l'accord des parties sur le prix de vente en euros et le paiement du prix de vente par le notaire au vendeur après la signature de l'acte de vente sur le compte du vendeur, il pourrait s'écouler plusieurs mois. Dès lors, le vendeur pourrait subir la variation à la baisse du taux de change entre l'euro et la monnaie étrangère. Si ce risque est généralement accepté par les vendeurs étrangers, ils pourraient tout de même reprocher au notaire français de ne pas avoir pris toutes les mesures nécessaires pour les protéger.

Il est permis de se demander si le vendeur ne pourrait pas invoquer l'article 1195 du Code civil et solliciter la renégociation du prix de vente au motif « qu'un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse » pour lui et qu'il « n'avait pas accepté d'en assumer le risque ». Si la différence entre le montant escompté au moment de son acceptation du prix de vente et la somme qu'il reçoit au moment du transfert sur son compte en devises étrangères est relativement

importante, il pourrait être tenté non seulement de demander à l'acquéreur un prix de vente plus élevé, mais encore de mettre le notaire en cause pour défaut de conseil. Afin d'éviter toute complication, il est fortement conseillé aux notaires de ne pas signer d'avant-contrat contenant ce genre de modalités.

Pour prévenir les parties des risques de pertes financières en raison de la variation des taux de change, le notaire peut prévoir une clause dans l'avant-contrat qui sera reprise dans l'acte authentique de vente. En le signant, les parties reconnaîtront qu'elles ont reçu l'information. Elles ne pourront donc pas prétendre qu'elles n'ont pas été alertées par le notaire.

Le coin du praticien

Le notaire pourrait reprendre le modèle de clause suivant :

« Selon l' article 1195 du Code civil, une partie peut accepter d'assumer le risque d'un contrat dont l'exécution serait devenue excessivement onéreuse pour elle en raison d'un changement de circonstances imprévisible lors de sa conclusion. En ce sens, le VENDEUR et l'ACQUÉREUR décident d'évincer l'application de l'article 1195 du Code civil précisant le régime juridique de l'imprévision. Les parties acceptent, en conséquence, en cas d'imprévision telle que définie par l'article précité, d'en supporter toutes les conséquences économiques et financières ».

Ensuite, le notaire peut prévoir une information spécifique du vendeur étranger par courrier ou par courriel, non seulement sur les conséquences possibles du transfert de fonds sur un compte en devises étrangères, mais aussi sur l'existence d'organismes de conversion des fonds qui permettent de bloquer le taux dès la signature de l'avant-contrat de vente. Le notaire peut même demander au vendeur de lui confirmer qu'il a bien reçu cette information et qu'il assumera la responsabilité et les conséquences de l'utilisation des fonds transférés sur un compte étranger.

Lorsqu'un notaire reçoit un acte de vente entre deux personnes étrangères résidant dans le même pays, celles-ci souhaitent parfois que le prix de vente soit payé dans une monnaie différente de l'euro afin d'économiser des frais de conversion de change. Cela peut intéresser par exemple un vendeur britannique dont le projet est de réinvestir au Royaume-Uni, ou un vendeur et un acquéreur suédois qui souhaitent effectuer la vente en couronnes suédoises. Dans quelle mesure cela est-il permis en cas de vente d'un bien immobilier situé en France ?

Section II La détermination de la monnaie du prix de vente

4117 La loi applicable au contrat de vente détermine en principe le paiement du prix et ses modalités. Elle régit la date et le lieu du paiement. En présence de parties désireuses de prévoir un prix stipulé dans une monnaie autre que l'euro, le notaire français soit s'interroger sur la licéité de cette option pour la fixation et le paiement du prix.

Ainsi qu'il a été expliqué ci-dessus, selon l'article 3 du règlement Rome I les parties peuvent choisir la loi du contrat de vente. Ce choix peut être exprès ou tacite et l'article 3 ajoute que par « leur choix, les parties peuvent choisir la loi applicable à la totalité ou à une partie du contrat ». Cet article consacre l'autonomie de la volonté et affirme le droit de morceler le contrat de vente.

En conséquence, bien que l'objet de la vente soit situé en France et que la loi française régisse leur contrat, le vendeur et l'acquéreur ont le droit de convenir que le paiement du prix sera soumis à une loi étrangère choisie par les parties. Néanmoins, il convient de rappeler la distinction communément établie entre la **monnaie de compte** et la **monnaie de paiement**.

La **monnaie de compte** peut être définie comme une unité de mesure qui permet de déterminer le *quantum* de l'obligation. Il s'agit de l'expression du montant du prix de vente lui-même.

La **monnaie de paiement** représente la monnaie choisie par le débiteur d'une obligation pour s'en acquitter.

Il résulte de la jurisprudence que, dans un contexte international, le prix de vente peut être exprimé dans une monnaie étrangère et que le prix peut être payé dans une autre monnaie que l'euro. Il semble en effet que l'ordre public international français n'impose pas un paiement dans la monnaie utilisée en France.

Ainsi, dans un contrat de vente, le prix doit être stipulé en euros (monnaie de compte), ne serait-ce que pour des raisons fiscales, mais il peut être précisé que ce prix sera payé dans une autre monnaie (monnaie de paiement). Dès lors, le notaire doit organiser le paiement du prix de vente, ce qui requiert encore plus de vigilance dans un contexte international.

CHAPITRE II Le paiement du prix de vente à l'international

Selon le type de contrat de vente, le prix peut être payé comptant **(Section I)** ou suivant des échéances, que ce soit dans le cadre d'un contrat de vente d'immeuble classique ou d'une vente d'immeuble en l'état futur d'achèvement **(Section II)**. Dans un contexte international, le notaire devra redoubler de vigilance pour assurer la sécurité de la transaction financière. **4118**

Section I Le paiement comptant du prix de vente dans un contexte international

Le notaire reçoit les fonds de l'acquéreur immobilier pour le paiement du prix de vente et des frais d'acte ou autres frais annexes. Il doit alors effectuer des contrôles pour s'assurer de la provenance des fonds **(Sous-section I)**. Ensuite, lorsque l'acte de vente a été authentifié, le notaire doit payer le prix au vendeur sans omettre des vérifications incontournables dans un contexte international **(Sous-section II)**. **4119**

Sous-section I Le paiement du prix par l'acquéreur étranger

Le notaire prévoit les modalités de paiement du prix de vente dès la signature de l'avant-contrat, en reprenant l'accord intervenu entre les parties. Généralement, le prix de vente est payé comptant et par sa comptabilité, y compris en présence d'éléments d'extranéité. Le notaire doit bien préciser à l'acquéreur dès la première étape du processus de vente que le prix de vente devra être acquitté préalablement à la signature de l'acte authentique de vente **4120**

et à la remise des clés, par virement des fonds sur le compte de l'étude. Selon leur pays d'origine, les acquéreurs ne sont pas tous familiers avec cette procédure. Il faut en effet rappeler que les pays où le prix transite aussi systématiquement qu'en France par la comptabilité du notaire ne sont pas si nombreux.

Lorsqu'il reçoit les fonds, le notaire doit vérifier qu'ils lui ont été envoyés par l'acquéreur nommé dans l'avant-contrat de vente.

Parfois, lorsque le vendeur et l'acquéreur sont issus de pays dont la monnaie n'est pas l'euro, ils s'accordent sur un paiement du prix de vente dans leur monnaie commune ou tout au moins dans la monnaie du pays de résidence de l'un d'entre eux, afin d'éviter les frais de change lors du double transfert de fonds qui sera réalisé par l'acquéreur vers le compte du notaire, puis du compte de l'étude vers celui du vendeur (V. *supra*, n° 4117). Dans cette hypothèse, le paiement a lieu en dehors de la comptabilité du notaire. Pour tout de même constater que le paiement est comptant, le notaire doit s'assurer que le prix a bien été payé préalablement à la signature de l'acte authentique de vente. Selon l'article 1353 du Code civil (174), c'est à l'acquéreur de prouver qu'il a acquitté le prix. Il résulte de la jurisprudence que la preuve du non-paiement pourra être rapportée par tous moyens (175).

Il est alors vivement conseillé au notaire de réunir les preuves de la réalité du paiement intervenu en dehors de sa comptabilité, à l'étranger. Il existe des solutions qui lui permettront d'assurer la sécurité juridique du paiement du prix de vente.

Une première solution consiste à organiser le transfert du prix de vente par l'intermédiaire d'un notaire ou d'un juriste étranger, qui pourra confirmer par courrier qu'il détient la somme représentant le prix de vente. Si chaque partie a son propre notaire ou juriste, la sécurité du transfert sera renforcée. Le notaire ou le juriste sollicité peut en effet confirmer par courrier comportant son en-tête la bonne réalisation de la transaction. D'abord, le juriste choisi par l'acquéreur indique qu'il a reçu des fonds provenant d'un compte ouvert au nom de son client dans telle banque et qu'il a bien effectué le virement suivant mandat reçu de l'acquéreur sur le compte du notaire ou du juriste étranger choisi par le vendeur ou directement sur un compte ouvert au nom du vendeur. Ensuite, le juriste du vendeur confirme qu'il a bien réceptionné le virement destiné à son client, au nom et pour le compte de celui-ci. S'il n'a pas mandaté de professionnel, le vendeur lui-même pourra transmettre une confirmation écrite de la bonne réception des fonds sur un compte ouvert en son nom dans sa banque.

Déclarations confirmant le paiement d'une partie du prix de vente à l'étranger

Modèle de déclaration du juriste mandaté par l'acquéreur en français

« Je soussigné *[nom du juriste et de sa société]*, confirme avoir reçu un virement de M./Mme X, demeurant à *[adresse]* depuis son compte numéro *[n° du compte]* ouvert à la banque *[nom et adresse de la banque]*, le *[date]* ».

Dans la mesure du possible, le notaire envoie le modèle de déclaration dans la langue du juriste pour lui faciliter la rédaction de la déclaration et être certain que toutes les informations nécessaires seront intégrées.

Et s'il a viré les fonds chez un confrère : « Je déclare avoir viré ladite somme sur le compte de M. P/de la société P *[professionnel mandaté par le vendeur]*, le *[date]*, à la demande de M./Mme X ».

(174) C. civ., art. 1353, mod. par Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, art. 4 : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.
Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

(175) C. civ., art. 1342-8. – Cass. 1re civ., 11 mars 2009, n° 07-20.132 : *JurisData* n° 2009-047363.

Ou s'il a effectué un virement sur le compte du vendeur : « Je déclare avoir effectué le virement des fonds transmis par M./Mme X sur le compte ouvert au nom de M./Mme Y *[nom du vendeur]*, auprès de la banque *[nom et adresse de la banque]* ».

Modèle de déclaration par le juriste mandaté par le vendeur ou le vendeur lui-même

« Je soussigné *[nom du vendeur ou de son mandataire]* confirme la bonne réception de la somme de *[montant]* reçue le *[date]* depuis le compte numéro *[nº du compte bancaire]* ».

À défaut de notaire ou de juriste habilité ou prêt à jouer le rôle d'intermédiaire financier, une attestation émanant de la banque du vendeur précisant que le compte ouvert au nom du vendeur a été crédité à telle date, par un virement provenant d'un compte ouvert au nom de l'acquéreur, permettra au notaire de détenir une preuve écrite du règlement du prix de vente.

En cas de contrôle financier dans le pays de résidence des parties, elles pourront justifier de l'origine et des raisons du virement des fonds par la production de l'avant-contrat ou du projet d'acte de vente.

Le notaire devra tout de même recevoir au minimum une partie des fonds en euros, que ce soit pour les frais et charges devant être supportés par le vendeur ou pour les sommes dues en France par l'acquéreur.

Ainsi certaines sommes, dues par le vendeur, doivent être versées sur le compte du notaire :
- la taxe sur la plus-value immobilière ;
- les frais de représentation fiscale s'il y a lieu ;
- les honoraires de l'agence immobilière ;
- le solde des charges et travaux dus à la copropriété ;
- les frais de mainlevée hypothécaire ;
- le solde des prêts hypothécaires en cours ;
- les factures des diagnostics ;
- généralement, toute somme devant être acquittée en France à l'occasion de la vente.

D'autres sommes,dues par l'acquéreur, doivent être versées sur le compte du notaire :
- la provision sur les frais d'acte de vente et de prêt, le cas échéant ;
- la commission d'agence, si elle est à sa charge.

  Selon le pays d'origine des fonds, l'acquéreur ne pourra pas les convertir en euros. C'est le cas par exemple du dinar algérien ou du rial iranien. Le notaire doit identifier ce problème dès le stade de l'avant-contrat afin de prévoir un délai de réalisation de l'acte de vente suffisamment long pour que l'acquéreur puisse s'organiser. Le transfert des fonds pourra être réalisé par l'intermédiaire d'un pays situé hors zone euro et qui accepte cette conversion.

Le notaire doit prendre un soin particulier à la rédaction de la clause de l'avant-contrat de vente relative au paiement du prix de vente. Le modèle ci-dessous reprend les informations à indiquer :

Clause de paiement du prix en partie dans une monnaie étrangère

Clause à prévoir dans l'avant-contrat de vente

« Ledit prix sera payé de la façon suivante :

1) Partie payée par la comptabilité du notaire rédacteur de l'acte authentique de vente : la somme de ... euros, représentant : *[énumération des sommes qui doivent être adressées sur le compte du notaire]*.

Partie en dehors de la comptabilité du notaire rédacteur de l'acte authentique de vente
La somme de ... *[+ devise étrangère]*, qui sera versée sur un compte ouvert au nom du VENDEUR auprès de *[+ nom de la société qui réceptionnera le prix de vente]*, préalablement à la signature de l'acte authentique de vente. Les parties conviennent que la réitération des présentes par acte authentique interviendra à compter de la réception de la confirmation écrite par *[nom d'un notaire ou d'un juriste mandaté par le VENDEUR ou de la banque]* que le compte ouvert au nom du VENDEUR a été crédité de la somme de ... en provenance d'un compte ouvert au nom de l'ACQUÉREUR ».

Après s'être assuré du paiement sécurisé du prix de vente par l'acquéreur, le notaire procède au virement du prix de vente sur le compte du vendeur. Dans un contexte international, il doit encore faire preuve de vigilance.

Sous-section II La remise du prix de vente au vendeur étranger

4121 Préalablement au virement du prix de vente sur le compte du vendeur ouvert dans une banque étrangère, le notaire effectue quelques vérifications auprès du vendeur et lui transmet des informations spécifiques.

§ I Le paiement du prix de vente

4122 En premier lieu, comme dans l'ordre interne, il va de soi que le notaire doit vérifier si le nom figurant sur le relevé d'identité bancaire qui lui a été remis ou envoyé correspond parfaitement à celui du vendeur. Si le vendeur est une société et que son représentant lui indique qu'il n'a pas de compte bancaire ouvert au nom de celle-ci, le notaire n'a pas le droit de remettre les fonds au seul gérant sans une autorisation spéciale. Seule une délibération prise en assemblée générale ou une mention en ce sens dans les statuts peut l'autoriser à remettre les fonds à un seul ou une partie des associés. Que la société soit française ou étrangère, les associés n'ont pas toujours ouvert de compte en son nom. Ils utilisent volontiers le compte bancaire de leur société étrangère pour effectuer les paiements dans le cadre de leur acquisition. Le notaire sera donc bien avisé de le vérifier dès l'avant-contrat pour ne pas perdre de temps après la signature de l'acte de vente. La notion de relevé d'identité bancaire telle qu'elle est conçue en France n'existe pas sous cette forme à l'étranger. C'est la raison pour laquelle les vendeurs étrangers sont surpris lorsqu'un « RIB » leur est demandé. Il peut être intéressant d'utiliser les termes propres à leur langue (176) pour aider les parties à comprendre ce qu'on leur demande.

Conseil pratique sur l'obtention des références bancaires

Il appartient au notaire de solliciter de son client une attestation émanant de sa banque ou une correspondance avec l'en-tête de la banque elle-même certifiant qu'elle détient un compte ouvert au nom du client. Le modèle à transmettre au client pourrait être celui-ci :
« Nous attestons que M./Mme X ou la société X est titulaire du compte no *[numéro du compte]* dont l'IBAN est *[numéro IBAN]* et le code BIC ou SWIFT est *[numéro code]* » + date et signature du représentant de la banque.

(176) Correspondant par exemple au *bank details* en langue anglaise, au *Bankkundensausweis* en langue allemande, au *certificado de identificacion bancaria* en langue espagnole, à l'*estratto identita bancaria* en langue italienne, à la *declaraçao de identidade bancaria* en langue portugaise, ou au *verklaring bij* en langue néerlandaise.

Il est déconseillé au notaire de se contenter d'un simple courriel du client reprenant les références du compte bancaire. Il serait judicieux de demander ce type de document dès la préparation de l'avant-contrat pour laisser à la banque le temps matériel de l'établir.

En deuxième lieu, il convient d'avertir le vendeur que le virement sera effectué en euros par la Caisse des dépôts et consignations, et qu'en cas de virement vers un compte libellé dans une devise étrangère, il lui appartiendra de vérifier en amont les conditions qui lui seront appliquées par sa banque pour la commission de conversion et le taux de change. Cela permettra au notaire d'éviter toute discussion avec le client vendeur qui aurait reçu moins de fonds qu'escompté en raison d'un taux de change défavorable à l'instant du virement et qui subirait des frais bancaires importants. Le notaire peut l'inviter à contacter un organisme spécialisé qui l'aidera à maîtriser les conditions de change et ainsi éviter tout risque de fluctuation du taux de change.

Avertissement du vendeur

Dès le début du dossier, le notaire doit attirer l'attention du client sur toutes les précautions qu'il peut prendre pour se mettre à l'abri des fluctuations des taux de conversion des fonds, en cas de transfert du prix de vente vers un compte ouvert à l'étranger. Il existe des organismes spécialisés dans la conversion des fonds. Ils apportent leurs conseils pour obtenir un taux stable quelle que soit la date de transfert et de conversion. Les clients retiennent une certaine somme dans leur monnaie en bloquant un taux qui ne sera pas modifié jusqu'au virement des fonds sur le compte ouvert auprès de cet organisme. Ils sont assurés de la sécurité de la somme qu'ils vont recevoir ensuite dans leur monnaie.

En troisième lieu, conformément à l'article 803 du Code général des impôts, si l'origine de propriété du bien vendu est une succession réglée préalablement à la vente et que le ou les héritiers vendeurs sont domiciliés de fait ou de droit à l'étranger, le notaire doit contrôler avant de libérer le prix de vente si les droits de mutation à titre gratuit ont bien été acquittés. Il agit dans le cadre de la protection de l'acquéreur, qui pourra être recherché par les services fiscaux en cas de défaut de paiement de ces droits (177). Outre le prix de vente, le notaire doit fréquemment payer d'autres sommes à des intermédiaires mandatés par le vendeur. Là encore, des points de vigilance doivent être soulignés.

§ II Les autres paiements

Lorsqu'un acte de vente est signé, le notaire est généralement mandaté par l'une des parties **4123**
pour payer les honoraires de l'agence immobilière qui a été leur intermédiaire. Il s'agit parfois d'un professionnel de l'immobilier établi à l'étranger. Quelle doit alors être l'attitude du notaire ? Ensuite, pendant le cours du dossier de vente, le notaire est en contact avec des

(177) C. civ., art. 803, mod. par Ord. n° 2010-420, 27 avr. 2010, art. 22 : « Tout acquéreur d'un immeuble ou d'un fonds de commerce situé en France et dépendant d'une succession dévolue à un ou plusieurs héritiers, légataires ou donataires ayant à l'étranger leur domicile de fait ou de droit, ne peut se libérer du prix d'acquisition si ce n'est sur la présentation d'un certificat délivré sans frais par le comptable public compétent et constatant soit l'acquittement, soit la non-exigibilité de l'impôt de mutation par décès, à moins qu'il ne préfère retenir, pour la garantie du Trésor, et conserver jusqu'à la présentation du certificat du comptable, une somme égale au montant de l'impôt calculé sur le prix ».

intermédiaires financiers dont il doit vérifier la capacité d'exercice en France avant de les rémunérer pour le compte du client.

4124 Au préalable, le notaire doit toujours vérifier si l'agence immobilière mandatée par l'une des parties est titulaire d'une carte professionnelle. Cette activité est régie par la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970, dite « loi Hoguet » et son décret d'application n° 72-678 du 20 juillet 1972, complétés depuis par d'autres textes législatifs ou réglementaires (178).

Un prestataire ressortissant d'un pays de l'Espace économique européen (EEE) peut obtenir la carte professionnelle en France s'il réunit les conditions cumulatives suivantes :
- s'il est établi légalement en France, c'est-à-dire s'il dispose d'un siège social en France ;
- s'il peut justifier qu'il maîtrise suffisamment la langue française pour exercer son activité ;
- s'il démontre, soit qu'il est titulaire d'un diplôme ou d'un titre de formation confirmant qu'il a effectué avec succès des études de troisième cycle d'une durée minimum d'un an en cas d'études à temps complet ou d'une durée équivalente s'il a suivi des études à temps partiel, soit qu'il a exercé à temps plein l'activité d'agent immobilier pendant trois ans consécutifs ou pendant trois années au cours des dix années précédant la demande de carte.

Si la demande est admise, la carte est délivrée pour une durée de dix-huit mois par la chambre de commerce et d'industrie locale. Le notaire doit donc vérifier que la carte qui lui est présentée est toujours valide.

Ceci est aussi applicable en matière de paiement des intermédiaires bancaires que le client lui demande de payer pour son compte. La réglementation française en la matière est en cours d'évolution sous l'impulsion d'une directive européenne *Mortgage Credit Directive*, dite directive « MCD » adoptée le 4 février 2014, transposée en droit français par le décret n° 2016-607 du 15 mai 2016. Les intermédiaires en opérations de banque et en services de paiement (IOBSP) sont les courtiers en crédit et les mandataires. Tout courtier européen qui souhaite travailler en France doit répondre à certains critères de capacité et d'aptitude professionnelle et obtenir un passeport européen, conformément à l'article 32 de la directive 2014/17/UE du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel. L'article L. 519-8 du Code monétaire et financier prévoit que les intermédiaires doivent être immatriculés à l'ORIAS dans l'une des catégories d'IOBSP, à l'exception des mandataires d'IOBSP. Ceux-ci informeront l'ORIAS de leur souhait d'exercer en libre prestation de service (LPS) ou en libre établissement (LE) dans l'un des pays de l'Union européenne et/ou de l'Espace économique européen. Le notaire doit donc demander une copie du passeport professionnel de l'intermédiaire financier avant de le payer pour le compte de l'acquéreur.

(178) Autres textes de référence selon le site internet « economie.gouv.fr » : D. n° 2015-1090, 28 août 2015, fixant les règles constituant le code de déontologie applicable aux activités de transaction et de gestion des immeubles et des fonds de commerce ; D. n° 72-678, 20 juill. 1972, fixant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et fonds de commerce ; D. n° 2016-173, 18 févr. 2016, relatif à la formation continue des professionnels de l'immobilier ; A. 10 janv. 2017, relatif à l'information des consommateurs par les professionnels intervenant dans une transaction immobilière ; A. 9 août 2017, sur la prise de position de l'autorité administrative sur l'information du consommateur sur les prix.

Section II Le paiement à terme ou selon un échéancier

Lorsque le prix n'est pas payé comptant en totalité et que l'acquéreur réside ou est domicilié à l'étranger, le notaire doit organiser le paiement du solde du prix ou des échéances du prix dans le cadre d'une vente en l'état futur d'achèvement. En cas de non-paiement, il existe des règles applicables en matière de poursuite de paiement du prix de vente dans l'ordre international. **4125**

– L'organisation du paiement à terme ou selon un échéancier. – Le notaire qui accompagne les parties à un contrat de vente comprenant un paiement à terme ou selon un échéancier ne doit pas manquer de sécuriser le paiement et de les informer sur les conséquences financières liées aux délais de paiement. **4126**

Lorsque les parties s'accordent sur les modalités d'un paiement à terme d'une partie du prix de vente, le notaire doit redoubler de vigilance si le paiement doit provenir d'un acquéreur non résident. Il sera bien avisé de prévoir soit un taux d'intérêts fixe, soit une clause d'indexation pour la prise de privilège de vendeur dans le contrat de vente d'immeuble et de la reporter sur le bordereau d'inscription hypothécaire. **4127**

Le notaire peut prévoir une clause selon laquelle la partie du prix payé à terme sera évaluée conformément à un indice choisi par les parties, extérieur au contrat. Cela relève de l'article 12, § 1, *b* du règlement Rome I qui précise que le régime et les modalités de l'indexation sont soumis à la loi applicable au contrat. Si celui-ci est régi par la loi française, il convient donc d'appliquer les articles L. 112-1 à L. 112-4 du Code monétaire et financier (issu des ordonnances n° 58-1374 du 30 décembre 1958 et n° 59-246 du 4 février 1959). La jurisprudence considère que les clauses d'indexation sont valables en cas de paiement international, c'est-à-dire lorsque les fonds proviennent de l'étranger.

Il est fortement conseillé de prévoir qu'en cas de non-paiement des échéances à leur terme, les sommes à verser soient évaluées selon un indice et un taux relevant du système juridico-économique français, tel que l'indice du taux de la construction. Il n'est pas souhaitable de se référer à une monnaie étrangère, bien que cela semble admis si la monnaie est en rapport direct avec l'activité des parties (179).

Dans le cadre d'une vente en l'état futur d'achèvement, il est bien entendu conseillé de prévoir que la totalité du prix de vente devra être payée en euros, sur le compte centralisateur du promoteur. Il peut être judicieux de conseiller à l'acquéreur d'ouvrir un compte bancaire en euros ou auprès d'un établissement bancaire situé dans la zone euro et de prendre toutes dispositions pour l'alimenter régulièrement selon les risques de fluctuation afin de ne pas subir de baisse des taux de change pendant la période de paiement du solde du prix de vente.

Si une clause d'indexation est prévue dans le contrat, elle devra être ajustée en faisant bien correspondre la période de variation de l'indice et la durée existant entre chaque

(179) Cass. com., 22 mai 2001, n° 98-14.406 : *JurisData* n° 2001-009672 ; *Bull. civ.* 2001, IV, n° 98 ; *JCP* G 2001, IV, 2316. – Cass. 1re civ., 29 mars 2017, n° 16-13.050 : *JurisData* n° 2017-005684. – Cass. 1re civ., 29 mars 2017, n° 15-27.231 : *JurisData* n° 2017-005685 ; *JCP* G 2017, 532, note T. Bonneau ; *JCP* N 2017, 1158, note S. Piédelièvre ; *RD bancaire et fin.* 2017, n° 144, obs. T. Samin et S. Torck.

révision (180). Il est fortement conseillé de se référencer à un indice dont le suivi sera aisé pour le praticien français.

Il est à noter cependant que le droit de l'Union européenne est moins restrictif que le droit interne. Il est donc permis de penser que dans l'ordre international, si les parties décidaient de prévoir une clause d'indexation plus flexible que ce qui est autorisé en droit français, la Cour de justice de l'Union européenne ne l'annulerait peut-être pas (181).

Les bons réflexes du praticien

Dans un contexte international, il arrive parfois que les deux parties souhaitent que le prix soit payé en dehors de la comptabilité du notaire et directement entre elles, dans une monnaie autre que l'euro.

Cela revêt un double intérêt pour elles : non seulement elles évitent de payer une double commission bancaire pour la conversion des devises, mais encore elles échappent aux risques de variation entre l'euro et la monnaie choisie entre le moment du virement par l'acquéreur en amont de la signature de l'acte de vente et celui du transfert du prix de vente au vendeur après celle-ci.

En résumé, en présence d'un vendeur et d'un acquéreur étrangers qui ont convenu d'un paiement du prix de vente directement entre eux, le notaire doit veiller à respecter les points suivants :

I – Le virement des fonds par l'acquéreur : il doit verser *a minima* en euros sur le compte de l'étude :

1. la provision pour frais d'acte de vente et de prêt hypothécaire, le cas échéant ;
2. la commission de l'agence immobilière si elle a été stipulée à sa charge ;
3. la totalité de la somme que doit acquitter le vendeur en France, soit potentiellement :
   - le montant de la taxe sur la plus-value immobilière,
   - la somme nécessaire pour le désintéressement des créanciers hypothécaires,
   - le montant de la provision sur frais de mainlevée hypothécaire,
   - la somme représentant le montant de la commission d'agence,
   - le montant des charges et le solde des travaux dus au syndicat de la copropriété,
   - la somme correspondant à la facture de l'expert pour les diagnostics réalisés pour la vente.

II – Les documents assurant une sécurité juridique à réunir par le notaire :

1. une preuve de l'envoi des fonds par une personne ayant la même identité que la personne nommée comme « acquéreur » dans l'avant-contrat et le contrat de vente sur un compte bancaire ouvert au nom d'une personne ayant la même identité que la personne nommée comme « vendeur » dans l'avant-contrat et le contrat de vente. Cette preuve peut être par exemple la copie de l'ordre de virement bancaire ou une attestation de la banque émettrice précisant que le compte détenu au nom du client a été débité pour être affecté au crédit d'un compte ouvert au nom de l'acquéreur, sur tel compte ouvert dans tel établissement bancaire. Ainsi, la banque confirme que c'est bien le compte de la personne citée – l'acquéreur – qui a été débité en ses livres ;
2. une preuve de la bonne réception de la partie du prix de vente payée en dehors de la comptabilité de l'étude sur le compte du vendeur. Il peut s'agir d'une attestation de la banque de réception des fonds indiquant le montant reçu, la date et l'identité du titulaire du compte, d'un courrier daté et signé par le vendeur reprenant le numéro de compte, le montant reçu et

(180) C. monét. fin., art. L. 112-1, al. 2. – V. Cass. 3e civ., 3 déc. 2014, nº 13-25.034 : *JurisData* nº 2014-029849 ; *JCP* E 2015, 1006, note Brignon. – Cass. 3e civ., 25 janv. 2015, nº 13-25.576 : *JurisData* nº 2015-001255 ; *JCP* E 2015, 1170, note Brignon. – Cass. 3e civ., 25 févr. 2016, nº 14-28.165 : *JurisData* nº 2016-003057 ; *JCP* E 2016, 1166. – Cass. 3e civ., 9 févr. 2017, nº 15-28.691 : *JurisData* nº 2017-001909 ; *JCP* E 2017, 1173, note B. Brignon.

(181) G. Gruber, *L'euro et les clauses d'indexation : D.* 1999, chron. p. 258. – N. Guerrero, *Les clauses d'indexation monétaire dans les contrats de prêt accordés par un établissement bancaire : une validité discutée : Banque et droit* 2014, nº 153, p. 3.

la date de réception. La banque confirme donc que le compte de telle personne a bien été crédité de telle somme en provenance de tel organisme ;

3. prévenir l'acquéreur en lui envoyant les coordonnées du compte de l'étude que les fonds doivent obligatoirement provenir d'un compte bancaire ouvert à son nom et qu'à défaut ils ne pourront pas être affectés à l'opération envisagée et seront renvoyés.

Si les parties l'acceptent et si cela est possible dans leur pays d'origine, il peut être conseillé de leur demander de faire intervenir un juriste qui réceptionnera le prix de vente et confirmera les détails du paiement (montant, date, identité de l'émetteur et du destinataire des fonds).

En tout état de cause, le notaire doit bien informer ses clients que le paiement du prix doit être attesté par un intermédiaire juridique habilité à détenir les fonds jusqu'au moment où il pourra s'en libérer, à réception d'une attestation notariée de signature. En droit international privé, il faut garder à l'esprit que le rôle du notaire est de faire de la pédagogie vis-à-vis de clients qui pourraient lui reprocher de ne pas les avoir aidés à prendre toutes les précautions qu'un acquéreur français est en droit d'attendre. Le notaire doit conserver des preuves écrites des informations données, notamment à propos des risques encourus lors des transferts de fonds vers des comptes ouverts dans des banques étrangères.

TITRE II

L'investissement immobilier à l'étranger par les résidents français

SOUS-TITRE I

Le notaire et l'investissement immobilier des Français à l'étranger

CHAPITRE I Le rôle du notaire français : entre opportunité et prudence

Lorsqu'un Français résidant en France souhaite acquérir un bien immobilier dans un autre pays membre de l'Union européenne ou en dehors de l'Union européenne, il est possible d'envisager que le notaire français puisse l'accompagner, même si cette pratique n'est pas la plus fréquente. Il faut toutefois mesurer la portée de ce que pourra être l'intervention du notaire en dehors de ses frontières : sa compétence est en effet limitée au territoire national, conformément au décret n° 86-728 du 26 avril 1986. Le notaire français n'est donc pas autorisé à recevoir l'acte d'achat de son client et à le publier dans l'État de situation du bien immobilier (si tant est **4128**

que les règles locales de publicité foncière le permettent, de droit ou de fait). La coopération avec le notaire ou le juriste local qui, lui, est compétent et connaît le droit matériel applicable est incontournable. Néanmoins, le notaire français peut prendre, par ses conseils, une part active à la préparation de l'acquisition dans le but de sécuriser l'opération immobilière **(Section I)**. Il peut aussi accompagner son client en lui expliquer quels seront les impacts civils et fiscaux de son investissement en France et à l'étranger **(Section II)**.

Section I La plus-value apportée par le notaire français

4129 Peu de notaires français ont développé une activité axée sur l'accompagnement des acquéreurs français à l'étranger. Pourtant, s'il respecte certaines règles de prudence, l'intervention d'un notaire français peut certainement s'avérer avantageuse pour les investisseurs français.

Sous-section I L'apport de sa capacité d'analyse juridique

4130 Le notaire français est parfois sollicité par des clients qui projettent d'acquérir un bien immobilier dans un pays étranger afin d'y établir leur résidence principale ou pour une résidence secondaire. Parfois, ils envisagent de s'installer ou d'investir dans des pays, au sein de l'Union européenne ou au-dehors, dans lesquels ils seront confrontés à des systèmes juridiques totalement éloignés de celui qu'ils connaissent en France. Les acquéreurs sont alors souvent conseillés par des agents immobiliers ou des professionnels du droit locaux, auxquels ils sont contraints d'accorder leur confiance. Parfois, ces « aventuriers de l'investissement immobilier » s'en satisfont, mais certains auraient sans doute apprécié d'être accompagnés par leur notaire.

Expert de l'investissement immobilier en France, le notaire français dispose d'une formation juridique complète en la matière, mais aussi d'une expérience qui lui permettent d'appréhender des situations juridiques parfois complexes. Il peut par exemple soulever des problèmes juridiques relatifs à la situation foncière ou cadastrale du bien immobilier acquis, identifier d'éventuelles difficultés à venir, envisager certaines anomalies... Sans prétendre résoudre les sujets soulevés dans un système juridique qu'il ne maîtrise pas, il peut attirer l'attention de l'acquéreur sur d'éventuels problèmes de servitudes, de bornage ou de division foncière.

Certes, il n'a pas accès aux registres de publicité foncière étrangers, mais si un document lui est présenté, il peut aider son client à interroger son interlocuteur local sur la propriété de l'immeuble acquis : deviendra-t-il pleinement propriétaire ou devra-t-il se contenter d'un simple droit d'occupation ?

Le notaire peut aider son client à vérifier auprès du juriste local ou du service de publicité foncière si le vendeur est véritablement propriétaire du bien. Là encore, il ne s'agit pas de garantir l'origine de propriété de l'immeuble objet de la vente, mais de guider son client sur les vérifications à opérer et les interrogations à formuler auprès de son interlocuteur local : le notaire sait poser les bonnes questions.

Ces interrogations peuvent également porter sur les modalités de paiement du prix de vente et des frais d'enregistrement au registre foncier étranger. À qui le prix doit-il être payé et à quel moment ? Le notaire peut soumettre une question relative à la preuve de la propriété immobilière : quel type de document recevra-t-il pour prouver son droit de propriété ou d'occupation ?

L'acquéreur français d'un immeuble situé dans un autre pays peut donc bénéficier des qualités d'analyse développées par le notaire français. Il sera également satisfait de poursuivre le rapport de confiance parfois établi depuis de nombreuses années avec son juriste familial.

Sous-section II La poursuite du rapport de confiance entre le notaire et son client français

4131 Le notaire est un juriste de proximité qui accompagne les familles pendant plusieurs décennies. Il est donc naturel pour ses clients de lui confier leurs interrogations en matière d'investissement immobilier réalisé à l'étranger.

Bien évidemment, lorsqu'un client français s'adresse à son notaire, ils s'expriment dans la même langue et ils envisagent le projet immobilier selon un point de vue et sur les fondements d'un environnement économique et juridique communs. Le notaire intègre aisément les attentes de son client puisqu'il le connaît ou connaît son entourage. C'est par exemple le cas du fils d'un client qui souhaite s'établir durablement dans le pays où il a terminé ses études. L'investissement immobilier est partiellement financé par les parents, clients habituels du notaire, qui les aide à organiser les flux financiers et la transmission du patrimoine. La plupart du temps, le notaire ne va pas au-delà du conseil patrimonial en France. Il pourrait pourtant aiguiller le fils de ses clients en lui facilitant la prise de contact avec des juristes du pays où il envisage d'acquérir un bien immobilier. Fin connaisseur du contexte familial, il pourrait ainsi conserver un lien avec cette génération de clients qui reviendra peut-être s'établir en France ou qu'il croisera à nouveau dans le cadre d'une succession.

Il arrive que le notaire soit contacté pour prodiguer des informations sur les modalités de financement possibles : banque étrangère ou banque française. Le notaire peut alors se rapprocher de banquiers français et de courtiers internationaux qui peuvent l'aider à obtenir les coordonnées de partenaires financiers dans le pays ciblé par l'acquéreur français. Une recommandation venant du notaire sera toujours un point positif pour la présentation de son projet.

À l'heure où nombre de Français choisissent d'investir dans l'immobilier à l'étranger, qu'ils soient actifs ou à la retraite, il est important pour les notaires français de ne pas perdre le lien avec cette catégorie de clients qui sera amenée à revenir investir ou simplement vivre en France, soit pour la poursuite de leur carrière, soit dans le grand âge. Ils doivent néanmoins agir avec prudence pour ne pas risquer d'engager leur responsabilité.

Section II La prudence, alliée du notaire

4132 Souvent défini comme le magistrat de l'amiable, le notaire ne doit pas s'improviser juriste internationalement compétent alors qu'il ne peut avoir les connaissances suffisantes. Il doit se montrer prudent face aux sollicitations de ses clients dans un contexte international **(Sous-section I)** et éviter les écueils qu'il pourrait rencontrer **(Sous-section II)**.

Sous-section I La sécurisation de l'investissement immobilier à l'étranger

4133 La sécurité juridique assurée par les notaires français est exceptionnelle tant dans sa qualité que dans sa régularité. Lorsqu'ils accompagnent leurs clients à l'étranger, ils doivent par conséquent se montrer prudents pour ne pas commettre d'impair juridique ou fiscal. En

acceptant de conseiller ses clients acquéreurs à l'étranger, le notaire ne doit pas omettre de protéger sa responsabilité **(§ I)**. Ensuite, l'une des missions du notaire est d'assurer la sécurité des actes qu'il dresse. Lorsqu'il accompagne ses clients acquéreurs pour des opérations immobilières à l'étranger, ces derniers attendent le même niveau de sécurité **(§ II)**.

§ I La sécurisation juridique pour le notaire

4134 Lorsqu'un client lui demande des conseils dans le cadre de son acquisition immobilière à l'étranger, le notaire doit délimiter son action et sa responsabilité. Il est ici rappelé que selon l'article 3 du Code civil, le notaire n'a pas le droit de dresser des actes en dehors du territoire français. Il ne pourra qu'assister l'acquéreur pour trouver la personne habilitée localement à établir un acte de vente et attirer l'attention de son client sur un certain nombre de points de vigilance. Il est à noter qu'en cas d'intervention dans un acte signé à l'étranger, le notaire cumule sa responsabilité avec celle du notaire local donc il peut suivre le dossier tout en le laissant officier selon sa réglementation.

La première formalité à accomplir est de faire signer une lettre de mission au client acquéreur. Plus amplement développée ci-dessous, la lettre de mission doit comporter une clause d'*electio juris* afin d'établir quelle est la loi applicable à la lettre de mission. Il semble évident que la loi applicable doit être la loi française puisqu'en cas de litige avec le client, cela permettra de retenir la procédure en France et d'éviter tous frais judiciaires et d'avocat à l'étranger.

La lettre de mission doit clairement délimiter le rôle que le notaire est appelé à jouer dans le processus d'acquisition immobilière à l'étranger. Elle doit refléter la prudence du notaire dans son action auprès de son client, tant du point de vue de la sécurisation du contrat que son client s'apprête à signer, que de ses conséquences. Il est conseillé d'indiquer que le client va être accompagné dans le choix d'un notaire ou d'un juriste compétent pour recueillir la signature de l'acte de vente. Le notaire doit indiquer qu'il ne peut pas sécuriser l'achat puisqu'il ne maîtrise pas les subtilités du régime juridique local de la vente immobilière.

Le coin du praticien

La lettre de mission peut par exemple comporter les termes suivants :

« Cher Monsieur,

Vous avez sollicité mon assistance dans le cadre de votre acquisition d'un bien immobilier situé à *[adresse du bien objet de la vente]* et je vous remercie pour cette marque de confiance.

La présente lettre a pour objet de confirmer le contenu de ma mission et de définir les conditions de notre collaboration. N'officiant pas en dehors du territoire français, je ne peux pas sécuriser votre acquisition immobilière. Je vous accompagne dans le choix d'un notaire ou un juriste compétent localement pour recueillir l'acte de vente.

Nos relations seront régies par la loi française.

Je vous remercie de bien vouloir me retourner un exemplaire de la présente, revêtu de votre signature.

Je me tiens à votre disposition si vous souhaitez obtenir des informations complémentaires.

Dans l'attente de vous lire,

Je vous prie d'agréer, Monsieur, l'expression de mes sentiments dévoués.

Signatures : Maître *(notaire)* Monsieur *(client)* »

Il est bien entendu que le notaire et l'acquéreur doivent définir les modalités financières de l'intervention du notaire. Cela fait l'objet d'une convention d'honoraires qui doit être

approuvée et signée en amont par le client. Un tarif forfaitaire ou selon un taux horaire peut être envisagé.

Dès lors qu'il a limité sa responsabilité dans le cadre de son intervention, le notaire peut débuter son travail de conseil auprès de son client et organiser les conditions d'une sécurité juridique du contrat qu'il s'apprête à signer.

§ II La sécurisation juridique pour l'acquéreur français à l'étranger

4135 En matière d'acquisition immobilière à l'étranger, le notaire est confronté à un système juridique qui lui est inconnu. Généralement, il n'a reçu aucune formation qui lui permette de sécuriser l'acte que son client va signer. Il doit donc en premier lieu contacter une personne ou un service compétent pour établir l'acte de vente. Dans certains pays, comme au Maroc ou en Turquie, il existe des notaires compétents pour recevoir les actes de vente. Dans d'autres pays, comme en Espagne ou au Canada, les agents immobiliers jouent un rôle important dans la préparation de la vente et les *notario* ou *lawyers* enregistrent seulement la transaction. La publicité foncière n'est pas assurée partout avec la même qualité. Le notaire va devoir se renseigner pour identifier le service qualifié pour assurer la publicité foncière de l'acte de mutation.

Le notaire qui souhaite accompagner ses clients doit donc rechercher un interlocuteur sérieux et reconnu dans son pays pour sécuriser ses clients. Le site de l'Union internationale du notariat (UINL) lui permet de recueillir des informations sur le processus des ventes dans le pays concerné si une fiche relative à ce pays a été réalisée.

Habitués à leur environnement juridique très normé, les notaires français doivent s'appuyer sur des juristes locaux pour accompagner leurs clients. Le site des notaires de France comporte des informations sur les notariats étrangers qui peuvent être utiles pour contacter un notaire local.

Le site du Conseil des notariats de l'Union européenne (CNUE) permet de trouver des notaires ou juristes dans les autres pays de l'Union européenne. Il est indiqué s'ils parlent le français. Ces juristes sont des référents qu'il est possible de contacter afin d'obtenir les coordonnées d'un notaire ou d'un juriste local compétent.

Le notaire peut prendre un premier contact afin de vérifier si le notaire accepte de suivre son client et quelles seront les conditions de son intervention. Les notaires ou juristes étrangers sont souvent ravis de collaborer avec un notaire qui sera à même de rassurer leur client commun dans le cadre de la vente.

Sous-section II Les écueils à éviter

4136 Lorsqu'il accepte d'accompagner des clients pour la réalisation d'investissements immobiliers réalisés à l'étranger, le notaire doit se montrer extrêmement prudent. Il est parfois sollicité par un vendeur et un acquéreur qui projettent de signer un acte de vente portant sur un immeuble situé à l'étranger. Le notaire peut alors être tenté de préparer l'acte de vente ou des procurations sur la base des documents transmis par le vendeur : copie du titre foncier, plan, éléments d'état civil, prix payé en euros en France.

Sa compétence territoriale est limitée au territoire français, comme indiqué *supra*. En conséquence, il lui est conseillé de se rapprocher d'un notaire ou d'un juriste local, qui établira des procurations pour les deux parties et procédera aux diverses formalités de préparation

de l'acte de vente. Le notaire peut établir une convention d'honoraires pour le conseil apporté aux deux parties. Elles doivent la signer au début du processus de la vente. Il a aussi le droit de recueillir et de certifier leurs signatures sur les procurations. Si le prix de vente est payé directement entre les parties, par virement bancaire, le notaire peut-il recueillir les fonds de l'acquéreur et les verser au vendeur ? Il ne semble pas que cela lui soit interdit. L'expéditeur des fonds qui transitent par le compte de l'étude doit alors être clairement identifiable. Il est bien entendu conseillé au notaire de demander aux deux parties de justifier par écrit les raisons du mouvement de fonds et de se faire expressément mandater par les deux parties pour la réception du prix de vente et l'envoi au vendeur.

S'il reçoit un projet d'acte envoyé par internet par le notaire ou juriste local, le notaire peut le remettre au vendeur et à l'acquéreur, en prenant soin de préciser qu'il n'est pas expert et qu'il ne peut pas le lire et l'expliquer de la même manière qu'il le ferait pour une vente immobilière française. Il peut leur remettre le projet en leur faisant déclarer qu'ils ont seulement reçu le document de sa main.

Décharge lors de la remise du projet d'acte et des procurations

« Je soussigné(e), Madame/Monsieur... reconnaît avoir reçu la procuration / le projet d'acte de vente établi(e) par Maître/Monsieur/Madame *[nom du notaire ou juriste ou agent étranger]* de Maître..., qui ne m'a pas expliqué son contenu et ne l'a pas validé. Je décharge donc Maître... de toute responsabilité sur le contenu du document qu'il m'a remis. »
Signature : Madame/Monsieur *(client)*

4137 De même, s'il certifie les signatures du vendeur ou de l'acquéreur dans le cadre de la vente d'un bien immobilier situé à l'étranger, le vendeur doit prendre soin de préciser qu'il ne certifie que la réalité de la signature réalisée devant lui. Il doit être clairement spécifié qu'il ne certifie pas l'exactitude des termes du contrat.

Mention de certification de signature exclusivement

« Je soussigné, Maître... certifie que la signature apposée devant moi est bien celle de Madame/Monsieur..., ce jour *(+ date et lieu de signature)*. Je ne certifie aucunement le contenu et les termes de la présente procuration. »

4138 Il est également conseillé au notaire de ne pas prêter son concours au transfert des fonds à l'étranger par l'intermédiaire du compte bancaire de son office. En effet, certains acquéreurs proposent à leur vendeur de faire virer les fonds par cet intermédiaire fiable et sérieux pour le rassurer. Cela n'est nullement nécessaire dans le cadre des paiements internationaux, il est donc préférable de refuser.

CHAPITRE II L'acquisition par un Français à l'étranger

4139 L'acquisition d'un bien immobilier situé à l'étranger soulève diverses questions quant au processus à suivre et à la forme du contrat. Il existe peu de documents apportant des réponses précises en la matière. Le notaire français est parfois sollicité par des clients qui projettent d'acquérir un bien immobilier dans un pays membre de l'Union européenne

afin d'y établir leur résidence principale ou pour une résidence secondaire. Il peut aussi prêter son concours à un investissement immobilier réalisé à l'étranger dans un cadre professionnel tel que l'implantation d'une usine, d'un hypermarché, d'un salon de coiffure ou d'une boulangerie par exemple. La prise de contact avec des juristes compétents localement est alors incontournable pour connaître les normes professionnelles applicables. Le notaire doit s'appuyer sur les connaissances d'un juriste local afin d'optimiser l'extension internationale du patrimoine familial. Il peut utiliser ses compétences juridiques internes pour encadrer sous certaines limites le processus de la vente à intervenir **(Section I)** et assister l'acquéreur pour intégrer le bien situé à l'étranger dans son patrimoine **(Section II)**.

Section I L'accompagnement lors de l'acquisition

4140 Les acquéreurs français à l'étranger sont conseillés par des agents immobiliers ou des professionnels du droit locaux et ils contactent leur notaire non seulement pour se rassurer dans un environnement juridique inconnu **(Sous-section I)**, mais encore pour qu'il les aide à se renseigner sur les modalités de financement possibles (banque étrangère ou banque française), les modalités d'acquisition (en nom propre ou par le biais d'une société française ou étrangère) et les perspectives de transmission familiale envisageables. Ils souhaitent connaître les conséquences financières et fiscales de leur acquisition en France selon les options retenues **(Sous-section II)**.

Sous-section I L'accompagnement formel lors de l'acquisition

4141 Le rôle du notaire qui accompagne ses clients dans le cadre d'un investissement immobilier réalisé à l'étranger peut être double : assurer un suivi formel de l'opération immobilière réalisée **(§ I)** et aider l'acquéreur à se repérer dans l'environnement juridique étranger **(§ II)**. Une étude a été réalisée auprès de notaires et juristes étrangers officiant dans les pays européens considérés comme les plus attractifs par la clientèle française pour les investissements immobiliers.

§ I L'apport de l'expertise notariale française

4142 En collaboration avec un notaire ou un juriste local, le notaire peut aider ses clients à comprendre quel sera le processus d'acquisition. Il peut leur expliquer comment l'avant-contrat et le contrat de vente seront signés. Il existe des notaires dans d'autres pays, mais ils ne jouent pas tous le même rôle qu'en France. Ils peuvent agir comme des juristes conseils et authentificateurs comme en Belgique ou en Italie. Dans d'autres pays, ils enregistrent les transferts de propriété et le suivi de la vente peut n'être assuré que par des agents immobiliers ou d'autres intermédiaires, comme cela est parfois le cas en Espagne.

Le notaire français peut contacter son homologue étranger pour vérifier s'il est envisageable de signer par procuration et s'il peut recevoir et certifier lui-même la signature des acquéreurs.

Ensuite, le notaire peut aider son client à trouver un traducteur afin qu'il comprenne bien les détails de l'acquisition.

Il est à noter que lorsqu'ils achètent un bien immobilier situé aux États-Unis d'Amérique, les acquéreurs souscrivent une police d'assurance spéciale pour couvrir le risque d'erreur dans l'identité du propriétaire du bien vendu. Il conviendra de vérifier avec l'avocat américain engagé pour la vente si cela est nécessaire.

§ II Les environnements juridiques étrangers

4143 Habitués à leur environnement juridique très normé, les notaires français doivent s'appuyer sur des juristes locaux pour accompagner leurs clients. Ils ne reçoivent aucune formation en droit comparé, ils sont donc peu familiers avec les formalités à accomplir dans les autres pays en matière d'acquisition immobilière.

Le Conseil des notariats de l'Union européenne (CNUE) a organisé un site internet dénommé « Acheter un bien immobilier en Europe » qui permet de connaître les bases de la procédure d'acquisition immobilière dans vingt-deux pays européens disposant d'un système juridique notarial. Ce site permet de trouver des notaires ou juristes dans les autres pays de l'Union européenne. Il est indiqué s'ils parlent le français. Ces juristes sont des référents qu'il est possible de contacter afin d'obtenir les coordonnées d'un notaire ou d'un juriste local compétent.

En amont de l'opération immobilière, il semble intéressant de contacter la mission économique de l'ambassade de France du pays concerné. Ce service dédié aux investisseurs dépend du ministère des Affaires étrangères et procure une mine d'informations portant sur l'organisation économique, juridique, financière, commerciale, concurrentielle. Il existe aussi des points de relais dans les directions régionales du commerce extérieur et les chambres de commerce et d'industrie et, sur le plan national, la société UBIFrance, devenue Business France, peut être contactée. Elle dispose d'un site internet complet qui permet de préparer les démarches à effectuer. Des renseignements sur les conditions d'accès au marché local sont transmis afin d'indiquer s'il existe des conditions de nationalité en matière d'investissement immobilier. En effet dans certains pays, comme en Thaïlande, les investissements professionnels des étrangers sont limités au droit de jouissance pour les maisons individuelles, et l'accession à la pleine propriété dans les immeubles collectifs est soumise à certaines contraintes (182).

Ensuite, des informations relatives au soutien français et européen au développement international des entreprises françaises peuvent être communiquées. Selon le type d'acquisition et le pays de destination, il existe des programmes d'aide au développement.

4144 Dans un cadre privé, les informations communiquées par le site « Acheter un bien immobilier en Europe » peuvent être très utiles. Lorsqu'un Français envisage par exemple d'acquérir un bien immobilier au Portugal, des renseignements sur les autorités compétentes en matière de certification des actes pourront y être trouvés : notaire pour les actes authentiques, avocat et registre foncier pour la certification des actes sous seing privé. Afin de compléter les informations contenues sur le site internet précité, il convient de se rapprocher d'un confrère local.

Dès lors que le cadre est organisé, le notaire peut accompagner l'acquéreur pour l'aider à comprendre le contenu du contrat de vente qu'il signe, en travaillant de concert avec le notaire ou le juriste chargé d'établir l'acte constatant le transfert de propriété.

(182) L'investissement immobilier collectif est régi par le *Condominium Act*, promulgué en 1979 et modifié en 1992. Selon cet *Act*, il faut que 49 % de l'ensemble immobilier soit vendu à des Thaïlandais pour que les étrangers puissent acquérir un appartement en pleine propriété.

Sous-section II L'accompagnement sur le fond

En appui du notaire ou du juriste local, le notaire peut guider ses clients tout au long du processus d'acquisition et vérifier que l'investissement immobilier est réalisé avec la sécurité juridique nécessaire.

§ 1 Les points de vigilance

4145 Prenant soin de ne pas intervenir directement dans la vente projetée, le notaire peut tout de même guider l'acquéreur en attirant son attention sur certains aspects cruciaux de la vente. Son client pourra effectuer les vérifications auprès du notaire ou du juriste local compétent. Divers points sont à évoquer avec lui, dont la monnaie de compte ou de change utilisée, le lieu de signature, la signature par procuration, la langue du contrat.

Voici les points de vigilance à soulever :
- l'identification du propriétaire du bien vendu : il faut que l'acquéreur signe un acte avec le véritable propriétaire de l'immeuble, donc son identité doit être contrôlée ;
- la vérification officielle des références cadastrales s'il y a une division foncière officiellement organisée : dans certains pays, des contrôles sont réalisés par des juges parfois corrompus, il faut donc bien étudier les références cadastrales des immeubles vendus ;
- l'autorité, le service ou le juriste qui va recueillir les fonds pour les verser au vendeur est-il habilité officiellement à agir dans ce cadre ? Est-il titulaire d'une assurance spécifique qui couvre le risque de non-couverture des fonds ?
- le bien vendu est-il grevé de servitudes publiques ou privées ou de droits réels équivalents ? Les parcelles environnantes font-elles l'objet d'autorisations de construire ?
- y a-t-il des diagnostics obligatoires ? Ont-ils été réalisés ?
- la construction du bien vendu et de ses annexes a-t-elle été autorisée conformément à la loi locale ?
- le bien vendu est-il grevé d'hypothèque ? Le prix couvre-t-il toute dette garantie sur le bien immobilier vendu ?
- l'immeuble objet de la vente est-il raccordé aux réseaux d'eau, d'électricité, de gaz ? Il est conseillé de demander la copie des factures ;
- comment et quand la remise des clés a-t-elle lieu ?
- si l'acquéreur ne peut être présent pour signer l'acte de vente, comment peut-il se faire représenter ?
- quel type de procuration est acceptable localement ?

Toutes les questions énoncées ci-dessus doivent être posées au notaire ou au service en charge de la vente pour protéger l'acquéreur français. Après avoir soulevé les questions les plus pragmatiques, le notaire peut s'intéresser à la loi applicable au contrat de vente signé à l'étranger.

4146 Au sein de l'Union européenne, en application de l'article 4 du règlement Rome I, à défaut de choix effectué par les parties au contrat de vente d'immeuble, la loi applicable à celui-ci est la loi du pays dans lequel l'immeuble est situé. Si les parties le souhaitent, elles peuvent choisir quelle sera la loi applicable au contrat qu'elles vont signer. Selon l'article 3 du règlement Rome I, en effet, « le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ». Les parties peuvent également décider de désigner une seule loi applicable à la totalité du contrat ou opter pour que différentes lois s'appliquent.

Si le contrat doit être régularisé en dehors de l'Union européenne, selon l'adage *locus regit actum*, c'est la loi du lieu de situation de l'immeuble vendu qui doit être appliquée.

L'intérêt de prévoir une clause d'*electio juris* a été évoqué (V. *supra*, n° 4045 et, spécialement pour la lettre de mission, n° 4134). En matière de vente d'immeuble, il est opportun de préciser dans l'acte quelle est la loi choisie par les parties pour régir leurs relations juridiques et financières.

§ II Le financement de l'acquisition immobilière à l'étranger

4147 Du point de vue financier, il peut être intéressant de demander si le prix doit être payé dans la monnaie locale ou s'il peut être payé en euros, spécialement si les deux parties résident en France. Ensuite, l'acquéreur doit être informé s'il doit verser un dépôt de garantie et quand il doit payer le prix de vente et les frais d'acte de vente.

Si l'acquéreur envisage d'emprunter de l'argent pour procéder à son acquisition, il aura peut-être la possibilité d'obtenir un crédit immobilier auprès d'une banque locale. Il faudra alors qu'il justifie d'un apport personnel assez conséquent. Aux États-Unis d'Amérique, par exemple, l'apport exigé est de l'ordre de 30 à 40 % de l'investissement global, avec dépôt d'une somme de 100 000 dollars environ. Le montant de l'apport exigé pour une acquisition immobilière en Espagne ou au Portugal est le même si l'on s'adresse à une banque espagnole ou portugaise. Il est rare que les banques françaises financent ce type d'achat immobilier.

Il est à noter que lorsqu'une personne résidente française ouvre un compte à l'étranger, elle doit le déclarer aux services fiscaux français, sous peine d'une amende de 1 500 €, conformément à l'article 1649 A, alinéas 2 et 3 du Code général des impôts, qui prévoit ce qui suit :

« Les administrations publiques, les établissements ou organismes soumis au contrôle de l'autorité administrative et toutes personnes qui reçoivent habituellement en dépôt des valeurs mobilières, titres ou espèces doivent déclarer à l'administration des impôts l'ouverture et la clôture des comptes de toute nature *(1)*.

Les personnes physiques, les associations, les sociétés n'ayant pas la forme commerciale, domiciliées ou établies en France, sont tenues de déclarer, en même temps que leur déclaration de revenus ou de résultats, les références des comptes ouverts, utilisés ou clos à l'étranger. Les modalités d'application du présent alinéa sont fixées par décret *(2)*.

Les sommes, titres ou valeurs transférés à l'étranger ou en provenance de l'étranger par l'intermédiaire de comptes non déclarés dans les conditions prévues au deuxième alinéa constituent, sauf preuve contraire, des revenus imposables » (183).

NOTA : (1) Voir les articles 164 FB à 164 FF de l'annexe IV. (2) Voir les articles 344 A et 344 B de l'annexe III.

Il existe un échange automatique d'informations bancaires depuis 2017 entre cinquante-six pays et depuis le 1er janvier 2018 entre quatre-vingt-dix-huit pays, dont la Suisse. Le notaire doit donc rappeler l'obligation de déclaration.

Dès lors que le cadre juridique et financier de l'acquisition est organisé, le notaire peut s'intéresser aux modalités d'acquisition du bien immobilier situé à l'étranger.

(183) Cf. *BOFiP*, BOI-CF-CPF-30-20-20170308.

Section II L'organisation patrimoniale de l'acquisition

Lorsqu'un Français achète un immeuble dans un autre pays, il étend son patrimoine sur un plan international, ce qui fait émerger des interrogations sur l'utilisation des outils juridiques français et étrangers. **4148**

Un premier sujet de discussion porte sur l'acquisition en nom personnel ou *via* une société, et si cette seconde option séduit l'acquéreur, le choix d'une société de droit français ou d'une société de forme étrangère peut être proposé. **4149**

Le notaire français n'est pas formé pour conseiller ses clients sur l'opportunité d'acquérir au moyen d'une société ou non dans un autre pays. Néanmoins, il peut se renseigner auprès du notaire ou du *lawyer* local et aider l'acquéreur à comprendre quel est son intérêt.

SOUS-TITRE II

Le notaire et la détention puis la revente d'un immeuble par un Français à l'étranger

CHAPITRE I La détention immobilière à l'étranger

Lorsqu'un Français détient un bien immobilier situé à l'étranger, il peut être résident dans ce pays ou demeurer résident en France. Les conséquences civiles et fiscales ne sont pas les mêmes. Les conditions de détermination de la résidence fiscale ont été énoncées par la deuxième commission (V. *supra*, nos 2439 et s.). **4150**

D'un point de vue civil, un Français qui devient résident à l'étranger devra prendre quelques dispositions spécifiques pour organiser sa succession. Le notaire peut lui conseiller d'établir une *professio juris* telle qu'elle a été évoquée *supra*, no 3389.

D'un point de vue fiscal, il sera imposé différemment selon qu'il perçoit des revenus en France (salaire, pension, dividendes...) ou seulement dans le pays de résidence. Il convient de vérifier la convention fiscale applicable entre la France et le pays de résidence. Les impôts locaux seront dus dans le pays de situation de l'immeuble.

Si l'acquisition d'un bien immobilier situé à l'étranger n'est pas accompagnée d'un changement de résidence, le Français concerné devra se préoccuper de la déclaration des éventuels revenus perçus en cas de location du bien et du paiement des taxes locales. **4151**

Si le bien immobilier est détenu en direct et s'il est situé dans un État avec lequel la France n'a pas signé de convention fiscale, en cas de location, l'article 4 A du Code général des impôts prévoit que les revenus dégagés sont imposables en France. Si un impôt a été acquitté dans le pays de situation de l'immeuble, il sera déduit de l'assiette de l'impôt sur le revenu en France, conformément à l'article 13 du Code général des impôts. Si une convention fiscale a été signée entre les deux pays concernés, il convient de s'y reporter. En règle générale, les revenus perçus par le résident français ne sont pas imposés en France, mais sont pris en compte dans le calcul de son taux effectif d'imposition. Certaines conventions modernes prévoient en revanche que les revenus sont imposables dans l'État de la résidence et dans celui de la situation de l'immeuble. Cette double imposition théorique est

cependant éliminée par la méthode du crédit d'impôt. L'impôt payé à l'étranger est alors déduit de l'impôt qui devrait être acquitté. Enfin, il est possible que la convention retienne la formule du crédit d'impôt généralisé, ce qui est plus simple.

Le notaire peut attirer l'attention de son client sur l'éventualité de devoir payer un impôt, même en l'absence de location, sur la base d'un revenu théorique.

Si le bien immobilier est détenu au moyen d'une société française soumise à l'impôt sur les sociétés et s'il n'est pas affecté « à une activité commerciale habituelle de la personne morale propriétaire et lorsque les conditions de gestion ne sont pas caractéristiques d'une activité détachable de celle du siège, l'Administration considère que les revenus des immeubles situés à l'étranger sont imposables en France » (184). Ainsi, lorsqu'il s'agit d'un investissement privé, l'imposition a lieu dans les mêmes conditions que pour les autres revenus de la société.

Si le bien immobilier est détenu au moyen d'une société étrangère non fictive, les revenus dégagés ne seront pas imposés avant la distribution des dividendes. Cette option peut être intéressante si le taux d'imposition local est plus bas.

Si le bien immobilier est détenu au moyen d'une société française soumise à l'impôt sur le revenu, chaque associé acquitte l'impôt sur les revenus en fonction de sa quote-part dans les bénéfices sociaux.

Enfin, si l'immeuble est détenu au moyen d'une société étrangère telle que celles définies par l'article 8 du Code général des impôts, les associés français sont imposables pour leur quote-part des revenus de cette société. Un examen de la convention fiscale éventuellement signée entre la France et le pays de l'investissement permettra de déterminer quel est le pays de perception des impôts sur les revenus immobiliers.

Le notaire qui reste en relation avec un client propriétaire d'une résidence à l'étranger peut l'informer que s'il est titulaire d'un compte bancaire dans ce pays, il doit en déclarer l'existence aux services fiscaux français, sous peine d'une amende de 1 500 €. Il est réellement dans son intérêt de le déclarer afin d'éviter tout problème lors de la revente du bien immobilier ou de sa transmission familiale.

CHAPITRE II La revente immobilière à l'étranger

Section I Les aspects fiscaux de la vente immobilière à l'étranger

4152 Lorsqu'un Français décide de revendre un bien immobilier situé à l'étranger, en principe, selon la plupart des conventions fiscales signées par la France, il devra déclarer et payer l'impôt sur la plus-value immobilière dans le pays de situation de l'immeuble. Le notaire consulté par le vendeur devra lui rappeler qu'il convient tout de même de vérifier s'il doit aussi effectuer une déclaration en France. Il peut en effet être prévu que si l'État de situation de l'immeuble a le droit d'imposer la plus-value immobilière réalisée à l'occasion de la

(184) Étude de F. Le Mentec, *Bref panorama des opportunités et contraintes fiscales des investissements immobiliers à l'étranger : RFP* déc. 2010, n° 12, étude 15.

vente, l'État de résidence du vendeur a le droit de décider s'il taxera aussi selon sa prérogative de puissance publique (185) ou s'il éliminera la double imposition.

Aucun droit d'enregistrement ne doit être perçu en France.

Si le contrat de vente comprend un immeuble situé en France et un immeuble situé à l'étranger, pour un prix unique, celui-ci doit être ventilé pour l'application du tarif d'enregistrement de chaque pays.

Une particularité est à noter en cas d'échange d'un bien immobilier français contre un immeuble étranger : il est assimilé à la vente d'un immeuble français, que l'acte soit rédigé en France ou à l'étranger (186).

Section II Les aspects financiers de la vente immobilière à l'étranger

4153 En cas de vente d'un bien immobilier situé à l'étranger, si le vendeur est résident en France et souhaite rapatrier les fonds en France, il est très important pour lui d'avoir au préalable déclaré l'existence de cet immeuble et de ses comptes bancaires aux autorités françaises. Sans développer le rôle du service Tracfin qui sera évoqué plus longuement (V. *infra*, n^{os} 4283 et s.), il convient d'indiquer qu'il existe une coopération des cellules de renseignement financier à dimension internationale. Le rapatriement d'une somme d'argent importante en France sera déclaré par la banque si elle est placée sur ses livres. Si les fonds sont utilisés pour l'acquisition d'un bien immobilier en France, le notaire devra également effectuer une déclaration relative au flux financier.

Il existe un projet d'échanges de renseignements automatiques en matière de propriété immobilière par les étrangers qui pourra s'avérer utile pour lutter contre les défauts de déclaration.

(185) En ce sens, O. Lecomte et G. Cicéron, *Une réserve de revenus fiscaux encore inexploitée. Plus-values immobilières et vente à l'étranger : Actes prat. strat. patrimoniale* juill. 2016, n° 3, repère 3.

(186) En ce sens, BOI-ENR-DG-20-10.

DEUXIÈME PARTIE

Les modes de détention immobilière à l'international

TITRE UNIQUE

Le choix du mode de détention immobilière à l'international

SOUS-TITRE I

La propriété immobilière directe ou indirecte dans un contexte international

CHAPITRE I Les critères de choix des modalités de détention de l'immeuble

4154 Selon le profil social et professionnel des acquéreurs et leur pays d'origine, ils n'envisagent pas de la même façon leur investissement immobilier en France. Cela peut être l'acquisition d'une résidence secondaire, d'une résidence familiale impliquant un changement de vie ou un investissement dans un but lucratif personnel ou professionnel. Le notaire doit donc œuvrer avec pédagogie et présenter à ses clients les diverses options qui s'offrent à eux dans l'arsenal juridique français.

Pour cela, il existe des critères à prendre en compte pour les conseiller au mieux de leurs intérêts. Le premier d'entre eux est celui de la flexibilité de fonctionnement. Lorsque l'on mène un projet d'investissement entre plusieurs personnes résidant à l'étranger, parfois dans des pays différents, la souplesse de fonctionnement est nécessaire **(Section I)**. Ensuite, l'aspect fiscal de l'investissement doit être analysé en France et à l'étranger, pour répondre aux attentes des acquéreurs évoluant dans un contexte international **(Section II)**. Enfin, l'objectif de protection est parfois primordial dans les choix des modalités de la propriété : cela peut être une protection du patrimoine personnel ou de la liberté d'agir **(Section III)**. Le droit français est reconnu comme étant très protecteur des consommateurs et des non-professionnels de façon générale. Le notaire participe à cette culture de la protection en proposant des solutions aux acquéreurs étrangers en France pour qu'ils puissent protéger leur patrimoine et leur famille, que ce soit dans le cadre de la propriété immobilière directe ou indirecte.

Section I La recherche de la flexibilité de la détention immobilière

4155 En cas d'acquisition immobilière réalisée par un couple non marié ou un couple marié sous un régime séparatiste, par plusieurs membres d'une même famille ou encore par un

groupe d'investisseurs, le notaire peut être tenté de proposer d'emblée une acquisition par l'intermédiaire d'une société afin d'éviter le régime de l'indivision, caractérisé par la prise de décisions à l'unanimité.

4156 Il faut prendre ici la mesure du contexte international dans le conseil à donner : le régime français de l'indivision est souvent méconnu des clients étrangers et pourra leur sembler complexe à mettre en œuvre. Le notaire devra les informer notamment que seuls les actes d'administration peuvent être décidés à la majorité des deux tiers des membres (187) et être exécutés au moyen d'un mandat général donné à l'un d'entre eux. Ils devront être avertis que pour vendre ou hypothéquer un bien indivis, l'unanimité est nécessaire et que si l'une des personnes appartenant à l'indivision refuse de signer les actes de vente, il n'y pas d'autre issue que d'agir en justice en France sur le fondement de l'article 815-5 du Code civil.

L'acquisition par le biais des sociétés est donc fortement plébiscitée lorsque plusieurs personnes achètent ensemble puisqu'un gérant est désigné afin d'administrer la société, de convoquer les assemblées générales ordinaires et extraordinaires qui permettront de décider d'emprunter au nom de la société, de vendre tout ou partie du patrimoine de la société, d'acquérir de nouveaux immeubles, et ce à la majorité des parts sociales. Cette organisation est souvent plus lisible pour un étranger, et correspond mieux à la représentation qu'il a de l'achat en commun. Si les associés résident dans des pays différents, ils peuvent donner mandat à l'un d'entre eux de voter en leur nom et donner les pouvoirs nécessaires au gérant pour signer tous actes et documents.

Si la souplesse de fonctionnement est un atout de la détention immobilière *via* une société, les aspects fiscaux ne doivent pas être négligés.

Section II La recherche de l'optimisation fiscale de l'investissement immobilier

4157 Devant le succès remporté par les locations de biens meublés grâce à l'attractivité touristique de la France, nombre d'investisseurs étrangers souhaitent bénéficier de cette manne financière. Selon le pays d'origine des associés et selon la convention liant ce pays à la France, ils seront imposés en France ou à l'étranger, voire même imposables dans les deux pays. Il convient de les avertir d'une subtilité fiscale française en matière de location en meublé non professionnel.

La société civile immobilière (SCI) est en principe soumise à l'impôt sur le revenu. Une déclaration fiscale est effectuée chaque année par les associés selon leur participation dans le capital social. Cet aspect formel sera développé ci-après.

La location en meublé exercée de façon habituelle par une SCI est considérée comme une activité commerciale au sens des articles 34 et 35 du Code de commerce ; elle est donc assujettie à l'impôt sur les sociétés conformément l'article 206-2° du Code général des impôts. Si la location est de courte durée et exceptionnelle, il est possible de conserver la transparence fiscale et le régime d'imposition des particuliers. C'est également le cas lorsque les revenus issus de la location en meublé n'excèdent pas 10 % du montant total des revenus hors taxes, de façon habituelle.

(187) C. civ., art. 815-3.

En France, en 2018 par exemple, les revenus n'étaient imposés qu'à partir de 9 807 € dans le cadre du régime de l'impôt sur les revenus (188). En cas de revenus inférieurs, il n'y a pas de taxation. L'option fiscale sera donc prise en fonction des revenus escomptés.

4158 Dans le cadre d'un investissement locatif en meublé et en cas d'imposition en France, l'acquisition par l'intermédiaire d'une SCI présente l'avantage de permettre de réaliser l'amortissement fiscal du bien, de diminuer l'assiette imposable et de déduire certaines charges telles que les frais payés dans le cadre de l'acquisition de l'immeuble.

Si les clients étrangers envisagent leur acquisition sous un angle lucratif, le notaire pourra leur conseiller de se faire accompagner par un conseiller fiscal pour ne pas omettre de déclarer et déduire toutes les sommes requises par loi. Celui-ci devra prendre en compte la situation globale des associés dans leur pays d'origine et en France. L'appui d'un juriste fiscaliste originaire du même pays pourra alors être utile.

En conséquence de ce qui précède, afin d'éviter toute mauvaise surprise et des complications d'organisation et d'ordre fiscal, les clients étrangers louant régulièrement leur bien immobilier auront plutôt intérêt à acquérir le bien en direct. Ceux qui ne prévoient pas de location pourront envisager une acquisition *via* une société civile immobilière.

Lorsqu'ils exposent leurs souhaits au moment du choix des modalités d'acquisition immobilière, les étrangers mettent souvent en avant leur volonté de protéger leur patrimoine et leur famille. Le notaire doit les y aider.

Section III La recherche de la protection dans les modalités de la détention immobilière

4159 L'un des avantages de la détention d'un bien immobilier situé en France par le biais d'une société civile immobilière est que celle-ci permet de distinguer le patrimoine personnel des associés de celui détenu par la SCI. Cela confère une sécurité vis-à-vis des créanciers de la société. Les acquéreurs étrangers peuvent en bénéficier. En cas de dette fiscale de la SCI par exemple, les services fiscaux s'adresseront à la société et non pas aux associés eux-mêmes. S'il existe une dette vis-à-vis d'un artisan ou une poursuite judiciaire par un tiers, c'est la société qui sera responsable et poursuivie. Les associés ne seront exposés que s'ils se portent caution solidaire de la société, dans le cadre d'un prêt immobilier par exemple.

Il convient de rappeler qu'en cas d'acquisition en nom personnel financée par un prêt, la banque se garantira par une inscription hypothécaire, ce qui ne mettra pas en danger le patrimoine personnel des acquéreurs étrangers.

Les étrangers acquéreurs d'une propriété immobilière en France sont non seulement soucieux de protéger leur patrimoine et leurs proches, mais aussi désireux d'optimiser la transmission successorale. Le notaire doit les aider à atteindre cet objectif. La société civile immobilière peut être un très bon outil dans cette perspective.

(188) Baisse progressive de l'impôt sur les sociétés, 1er févr. 2018 – Direction de l'information légale et administrative (Premier ministre), Ministère chargé des finances. La loi de finances pour 2018 (art. 84) poursuit le programme de la baisse progressive du taux l'impôt sur les sociétés (IS) jusqu'à 25 % en 2022. Il est de 28 % pour les bénéfices inférieurs à 500 000 € et 33,3 % (ou 1/3) au-delà. Le taux sera ensuite porté à : 31 % au-delà de 500 000 € de bénéfices en 2019 ; 28 % sur l'ensemble des bénéfices en 2020 ; 26,5 % en 2021 (www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F23575).

CHAPITRE II Le choix stratégique lié à l'anticipation de la transmission de l'immeuble

Lorsqu'un acquéreur étranger choisit d'acquérir un bien immobilier en France et rencontre le notaire, il est imprégné de sa propre culture juridique en matière d'investissement immobilier. L'art du notaire consiste à lui apporter des conseils de stratégie patrimoniale adaptés à ses objectifs de transmission successorale et au contexte international. Il peut lui proposer d'investir par le biais d'une société civile immobilière **(Section I)** ou en son nom personnel **(Section II)**. Quel que soit le mode d'acquisition choisi, le notaire peut donner une valeur ajoutée à son conseil en soumettant à ses clients des propositions de clauses particulières ou des montages juridiques adaptés aux objectifs de ses clients. **4160**

Section I Les techniques historiques d'anticipation successorale *via* une société

Parfois présenté comme la solution miracle dans un contexte international, l'ameublissement des biens peut néanmoins receler quelques écueils que les notaires doivent aider les acquéreurs étrangers à éviter. **4161**

Sous-section I L'ameublissement du patrimoine

Fréquemment recommandé dans un contexte international afin d'écarter la *lex rei sitae* éventuellement applicable notamment en matière de successions immobilières, l'ameublissement du patrimoine a vu son intérêt décroître avec l'entrée en vigueur du règlement européen du 4 juillet 2012 en matière de successions, d'inspiration unitaire et qui au surplus permet désormais la *professio juris* (V. *supra*, n° 3386). Il reste tout de même un outil utile d'anticipation successorale dans certaines situationsmais à condition d'y recourir avec prudence selon les États de résidence fiscale des associés. **4162**

§ I Les intérêts civils et fiscaux de l'ameublissement

Chaque associé est détenteur de parts de société, qui sont considérées comme des biens meubles. Elles seront donc transmises selon les règles de conflit de lois applicables aux biens mobiliers. **4163**

Or, il résulte du règlement européen du 4 juillet 2012 sur les successions internationales que la loi successorale est celle de la résidence habituelle du défunt, sauf *professio juris* en faveur de la loi nationale du défunt (V. *supra*, n° 3407). Si les associés ne sont pas de nationalité française et désignent comme loi applicable à leur succession la loi de leur nationalité qui est celle d'un pays considéré comme un État tiers au règlement européen du 4 juillet 2012 ou s'ils résident de façon habituelle dans un État tiers à ce règlement, leurs parts sociales seront transmises selon les règles de conflit de lois de cet État.

Et si cet ordre juridique ne connaît pas la réserve héréditaire telle que le droit français la conçoit, la transmission des parts sociales sera libre ou tout au moins plus libre qu'en application du droit français sur les successions. Il apparaît donc intéressant de proposer un

ameublissement du patrimoine à ceux qui souhaitent transmettre leurs biens en évitant la réserve héréditaire, si la loi successorale est plus libérale.

Dans les cas où la loi applicable à la succession suivrait un régime séparatiste entre biens meubles et immeubles, les acquéreurs qui voudraient simplifier les démarches de leurs héritiers en organisant la convergence de la transmission de leurs biens vers une seule loi seront également intéressés par cette option.

Par exemple, un couple de Britanniques résidant au Royaume-Uni acquiert une résidence secondaire en Vendée. Les acquéreurs souhaitent prévoir la transmission de cette maison à leurs deux enfants de sorte que ceux-ci n'aient aucune complication. Leur notaire pourra leur suggérer d'acquérir le bien sous forme d'une SCI. À leur décès, conformément au règlement européen sur les successions, les parts seront dévolues selon la loi de leur résidence habituelle, soit la loi d'Angleterre et du Pays de Galles. Ainsi, c'est la même loi qui régira la transmission de leurs biens situés au Royaume-Uni et en France.

Certes très attractif, l'ameublissement du patrimoine présente tout de même quelques inconvénients que le notaire doit prendre en compte pour conseiller les acquéreurs étrangers.

§ II Les écueils et contraintes de l'ameublissement

4164 Si la transmission de biens immobiliers par l'intermédiaire d'une SCI semble séduisante par la liberté qu'elle procure, il convient néanmoins de rappeler que dans de nombreux États qui ne connaissent pas la réserve héréditaire, il existe tout de même une notion d'obligation alimentaire minimale vis-à-vis des héritiers dans le besoin. C'est le cas par exemple au Royaume-Uni.

Ensuite, il ne faut pas occulter la notion de fraude aux intérêts des héritiers. Il a été jugé que l'ameublissement du patrimoine accompagné de manœuvres exécutées dans le seul but d'éviter les droits des héritiers réservataires était frauduleux : c'est l'enseignement de l'arrêt *Caron* déjà cité (189).

Enfin, le notaire qui conseille aux acquéreurs ou aux propriétaires de biens immobiliers de les détenir par l'intermédiaire d'une société civile doit vérifier comment cette modalité de propriété sera accueillie dans leur pays d'origine d'un point de vue civil et fiscal.

En matière de fiscalité, le notaire devra étudier deux aspects : les conséquences fiscales de la mise à disposition du bien immobilier au profit des associés et celles de la perception de revenus immobiliers. En premier lieu, en France, la mise à disposition à titre gratuit au profit des associés ne génère aucune taxation. Néanmoins, le notaire devra s'interroger s'il en va de même dans le pays de résidence fiscale des associés et en informer les associés.

Au Royaume-Uni notamment, en 2005, l'administration fiscale a indiqué qu'elle se réservait le droit de percevoir un impôt sur l'avantage en nature représenté par la mise à disposition du bien immobilier au profit des associés de la société civile française. Cette position a été confirmée dans le manuel interne HMRC (190).

Néanmoins, il est admis que si les recommandations ci-après sont suivies, il est possible d'échapper à la taxation (les critères étant cumulatifs) :
- si les associés de la SCI sont tous des personnes physiques ;
- si le gérant est un associé de la SCI ;

(189) V. les analyses de cet arrêt *supra*, n[os] 1085, 1108 et 3410.

(190) Par référence à l'étude rédigée par G. Micolau, *Fiscalité de l'investissement immobilier en France par des non-résidents, via une SCI : RFP* mai 2018, n[o] 5, étude 11 : Manuel interne *HMRC internal manual*, INTM 180030, 9 janv. 2018.

- si la SCI ne détient qu'un seul bien immobilier ;
- et si l'objet de la SCI est uniquement à but familial et patrimonial.

Le mode de financement de l'acquisition du bien immobilier peut également être contrôlé afin de confirmer que l'investissement est réellement d'ordre privé, familial.

En second lieu, il convient de vérifier si les associés vont bénéficier dans leur pays de résidence fiscale de la semi-transparence qui est l'une des caractéristiques des sociétés civiles en France, où l'on considère que la société civile a une personnalité distincte de celle de ses associés. Ce caractère translucide n'est pas toujours reconnu à l'étranger. Il est donc important de rechercher si les associés seront imposés sur les revenus et profits immobiliers retirés de l'immeuble détenu en France par la société ou s'ils seront imposés à l'impôt sur les sociétés dans leur pays d'origine.

D'autres techniques juridiques de transmission des biens existent en droit français. Dans quelle mesure le notaire peut-il les proposer à ses clients évoluant dans un contexte international ?

Sous-section II Les aménagements statutaires adaptés à l'international

4165 Dans un contexte international, le notaire doit analyser si les solutions juridiques qu'il propose aux Français résidant en France peuvent être utilisées pour les étrangers ou si elles doivent être adaptées selon les éléments d'extranéité. Il existe des aménagements possibles dans les statuts et des solutions externes à envisager selon les situations.

Les associés étrangers d'une société civile immobilière n'ont pas toujours les mêmes objectifs : certains privilégient la protection du conjoint survivant, d'autres la transmission de leurs biens au sein des autres membres de leur famille, et d'autres encore visent prioritairement l'optimisation fiscale en France et dans leur pays d'origine dans la préparation de leur succession. Diverses clauses peuvent être proposées aux associés étrangers lors de l'établissement de la société ou en cours de vie sociale.

§ I La clause de tontine

4166 Souvent prisée par la clientèle anglo-saxonne, voire demandée par elle (191), une clause de tontine peut être préconisée dans un contexte international pour converger avec la culture des investisseurs étrangers en France. Ceux-ci sont fréquemment avides de solutions qui leur permettront de transmettre leur patrimoine au conjoint survivant sans subir les contraintes de la réserve héréditaire. Cette mesure sera particulièrement adaptée aux époux mariés sous un régime de type séparatiste puisqu'ils bénéficieront des dispositions issues de la loi TEPA. Traitée fiscalement comme une transmission de biens à titre gratuit, l'application de la clause de tontine n'entraînera pas de paiement de droits de mutation à titre gratuit entre les époux.

L'adoption d'une clause de tontine est plus judicieuse dans un contrat de société que dans un acte d'acquisition immobilière en direct. Dans cette seconde hypothèse en effet, à défaut d'accord des deux époux en cas de séparation, elle subsistera jusqu'au décès. Publiée avec l'acte authentique de vente, elle ne pourra être annulée que dans un autre acte, qui devra être publié au service de la publicité foncière. En revanche, en cas de clause prévue dans les statuts de la SCI qui acquiert le bien, il peut tout à fait être prévu dans les statuts qu'en cas de divorce, cette clause prendra fin.

(191) Par référence à la pratique bien connue localement du *joint tenancy*, analysé *infra*, n° 4176.

La clause de tontine est une disposition selon laquelle un associé est titulaire de ses parts dans la société sous la condition suspensive de sa survie et la condition résolutoire de son décès avant ses associés. Pour qu'elle soit licite, il faut que chaque associé ait réellement une chance de survie à l'autre ou aux autres associés. Il doit également exister un aléa économique : l'investissement initial et l'espérance de gain doivent être équitablement répartis entre les associés. Si l'intention libérale de celui qui a investi le plus dans la société peut être prouvée, la tontine sera remise en cause : elle sera entachée de simulation et la donation déguisée sera caractérisée (192). C'est le cas par exemple lorsqu'un associé établit un testament quelques semaines avant son décès au profit des bénéficiaires de la clause de tontine.

Il est bon de rappeler que la clause de tontine est avantageuse pour les concubins qui ne veulent pas conclure de pacte civil de solidarité et souhaitent éviter la taxation au taux de 60 %. Au décès de l'un d'entre eux, la transmission des parts sera soumise au droit de vente et non aux droits de mutation à titre gratuit.

Il existe d'autres clauses statutaires qui organisent la transmission des parts sociales et sont particulièrement intéressantes pour les personnes non mariées ayant un élément d'extranéité.

§ II Les clauses de participations croisées

4167 En vue de diminuer la fiscalisation de la transmission des biens situés en France entre concubins, partenaires hétérosexuels souvent exclus des dispositifs des partenariats étrangers (193) ou dans le but de protéger tant le conjoint survivant non marié que les intérêts des héritiers, le notaire peut soumettre l'idée de constituer dans un premier temps une SCI entre deux personnes, en prévoyant une répartition équitable des parts sociales, puis dans un second temps de réaliser un échange de l'usufruit des parts de chaque titulaire.

Exemple de participation croisée

Voici l'exemple d'un couple belge (A.1 et A.2) non marié avec deux enfants, acquéreur d'un bien immobilier d'une valeur de 350 000 € ; ils créent une SCI avec un capital de 1 000 € constitué de 100 parts de 10 € chacune.

1°) Constitution de la SCI : chaque associé détient 50 parts : A.1, les parts nos 1 à 50, A.2, les parts nos 51 à 100.

2°) Échange de l'usufruit des parts : A.1 cède l'usufruit des parts 1 à 50 et reçoit l'usufruit des parts 51 à 100 ; A.2 cède l'usufruit des parts 51 à 100 et reçoit l'usufruit des parts 1 à 50.

	Parts 1 à 50	**Parts 51 à 100**
A1	Nue-propriété	Usufruit
A2	Usufruit	Nue-propriété

Un droit de mutation de 5 % est dû sur la valeur du lot le plus élevé, établie sur la base de l'article 670 du Code général des impôts.

(192) P. Camelo Cassan, *Du bon usage de la roulette russe dans le contrat de société : tontine, aléa et abus de droit : Dr. fisc.* 2016, n° 28, 408. – Comité de l'abus de droit fiscal, avis nos 2015-21 et 2015-22, 31 mars 2016 : *Dr. fisc.* 14 juill. 2016, n° 28, 410.

(193) V. *supra,* n° 3082.

Au décès de A.1, A.2 consolide sa propriété des parts nos 1 à 50 et conserve l'usufruit des parts 51 à 100 ; les enfants reçoivent la nue-propriété des parts 51 à 100. Au décès de A.2, les enfants héritent de la totalité des parts nos 1 à 50 et sont automatiquement propriétaires des parts 51 à 100. La succession sera taxable sur la nue-propriété transmise aux enfants et non sur la valeur des parts en pleine propriété ; la charge fiscale du conjoint survivant sera donc annulée. Les enfants devront régler la succession seulement sur la moitié des parts (nos 1 à 50), au deuxième décès.

Traditionnellement, le gérant d'une SCI dispose de pouvoirs d'administration mais doit obtenir l'accord des autres associés pour signer des actes de disposition. Habitués à user de pouvoirs étendus dans leurs sociétés étrangères, les investisseurs souhaitent parfois que leurs pouvoirs de décision soient étendus.

§ III Le renforcement des pouvoirs des gérants et l'élargissement de l'objet social

4168 Selon l'article 1848, alinéa 3 du Code civil, il est possible d'aménager les articles des statuts des sociétés civiles relatifs aux pouvoirs du ou des gérants et à l'objet de la société. Ainsi, des pouvoirs élargis peuvent être attribués au gérant et aux cogérants.

Constitué dans un but de gestion du patrimoine, ce type de société dite « patrimoniale » présente un premier avantage : son objet social est d'ordre immobilier, mobilier et financier. Ainsi, en cas d'investissement en France par un étranger, l'ameublissement des parts sociales évoqué ci-dessus pourra permettre d'inclure la transmission des comptes bancaires et autres contrats financiers situés en France avec celle des parts sociales.

Ensuite, dans ce type de société civile, il est possible de prévoir que le ou les gérants seront titulaires de pouvoirs étendus. Ils pourront ainsi décider de la vente ou de l'affectation hypothécaire d'un bien immobilier sans avoir à convoquer une assemblée générale des associés. Ce type de clause séduit particulièrement les étrangers qui souhaitent maîtriser totalement la gestion de leurs biens, comme ils en ont l'habitude dans leur pays. Il est conseillé de prévoir que certaines décisions telles que la vente d'un bien immobilier ou la souscription d'un emprunt devront être prises par les deux cogérants.

Section II Les techniques classiques en cas de détention en direct

4169 Le droit français recèle des techniques juridiques d'anticipation successorale qui peuvent s'avérer très utiles dans un contexte international. Certaines d'entre elles sont liées au droit des contrats, d'autres à la mutabilité des régimes matrimoniaux, et d'autres enfin aux dispositions à cause de mort. Le notaire devra toujours se montrer vigilant sur l'accueil qui peut être réservé à ces mesures à l'étranger.

4170 **– Le pacte tontinier. –** Envisagée précédemment en tant que clause contenue dans les statuts d'une société civile immobilière, la tontine peut également être prévue directement dans un acte de vente. Institution bien maîtrisée par le notaire français, celui-ci doit veiller à en faire un bon usage dans un contexte international et s'assurer qu'elle sera reconnue et appliquée à l'étranger. Il peut aussi être amené à appliquer des institutions d'*estate planning* étrangères proches du pacte tontinier lorsqu'il prépare la transmission des biens immobiliers situés en France.

§ I Définition et conditions du pacte tontinier

4171 Le notaire doit présenter les caractéristiques civiles et fiscales aux acquéreurs de biens immobiliers situés en France afin de contrôler que cette mesure correspond à leurs attentes en matière d'anticipation successorale.

A/ Les aspects civils du pacte tontinier

4172 Inscrite dans un acte de vente immobilière, la tontine est une clause selon laquelle le survivant des acquéreurs est considéré comme ayant été le seul propriétaire du bien immobilier dès l'acquisition. Chacun est propriétaire sous la condition suspensive de sa survie et la condition résolutoire de son décès. Si elle est établie dans le respect de l'article 1304 du Code civil, elle sera valable. Pour cela, il doit exister un aléa et il faut que la transmission du bien soit un événement futur et dont la date est incertaine. Elle n'est donc pas adaptée aux acquéreurs qui ont entre eux un écart d'âge important.

L'application de la tontine permet de soustraire le bien immobilier à la succession du prémourant : la clause résolutoire a pour effet de considérer que le bien n'a jamais fait partie de son patrimoine ; aucune transmission de propriété à ses héritiers ne doit être constatée. Cela simplifie le processus de transmission en cas de décès et évite toutes les questions relatives à la détermination de la loi successorale ou à la détermination et l'application de la réserve héréditaire. Le pacte tontinier peut permettre au conjoint survivant d'éviter de se retrouver en indivision avec les enfants d'une première union de l'époux ou du partenaire prédécédé. Il est aussi intéressant lorsque les acquéreurs souhaitent que le survivant puisse être seul propriétaire du bien et s'assurer que celui-ci ne sera transmis aux enfants communs qu'au décès du conjoint survivant.

Il convient de rappeler que si des époux souhaitent adopter un pacte tontinier, il est nécessaire qu'ils soient mariés sous un régime matrimonial séparatiste ou assimilable, car la tontine n'est pas adaptée à un régime de communauté : il est impossible de constater qu'un bien commun est rétroactivement transmis à l'un des époux dès l'acquisition par l'application d'une clause contractuelle comprise dans une vente. En présence d'un élément d'extranéité, la détermination du régime matrimonial des époux et des concubins soumis à un contrat civil de partenariat sera donc primordiale de ce point de vue.

La clause de tontine contenue dans un acte de vente immobilière présente l'inconvénient majeur de ne pas pouvoir être supprimée sans l'accord des deux propriétaires. Si ceux-ci veulent vendre une quote-part indivise entre eux ou au profit d'un tiers ou se partager le bien objet de la tontine, celle-ci subsistera, sauf accord exprès pour la supprimer. Cette notion d'impossibilité de révocation unilatérale est surprenante pour les acquéreurs anglo-saxons en particulier. Elle doit donc être tout particulièrement bien expliquée.

B/ Les aspects fiscaux du pacte tontinier

4173 D'un point de vue fiscal, le régime du pacte tontinier relève de l'article 754 A du Code général des impôts (194).

(194) CGI, art. 754 A, mod. par L. n° 2009-1673, 30 déc. 2009, art. 33. Les biens recueillis en vertu d'une clause insérée dans un contrat d'acquisition en commun selon laquelle la part du ou des premiers décédés reviendra aux survivants de telle sorte que le dernier vivant sera considéré comme seul propriétaire de la totalité des biens sont, au point de vue fiscal, réputés transmis à titre gratuit à chacun des bénéficiaires de l'accroissement. Cette disposition ne s'applique pas à l'habitation principale commune à deux acquéreurs lorsque celle-ci a une valeur globale inférieure à 76 000 €, sauf si le bénéficiaire opte pour l'application des droits de mutation par décès.

Selon cet article, en principe, le transfert de propriété entre les parties au pacte tontinier est soumis aux droits de mutation à titre gratuit applicables en matière de succession. Il en résulte donc que ce pacte est particulièrement adapté aux personnes mariées ou soumises à un partenariat valablement signé en France ou dans leur pays d'origine. Il existe néanmoins une situation qui soumettra le transfert de propriété aux droits de mutation à titre onéreux : lorsque le bien objet du pacte tontinier était l'habitation principale commune des acquéreurs et que celle-ci a une valeur vénale inférieure à 76 000 €. Le marché immobilier a évolué à la hausse en France ces dernières années, mais il subsiste quelques villages qui pourraient receler des biens immobiliers concernés par cette règle. Il est permis de rappeler que les conjoints qui seraient dans cette situation ont le droit d'opter pour l'application du régime plus favorable des droits de succession depuis la loi de finances pour l'année 2010.

Après avoir étudié les intérêts et inconvénients du pacte tontinier en droit français, il semble nécessaire de s'interroger sur l'accueil qui lui est réservé par les systèmes juridiques étrangers.

§ II La tontine à l'international

4174 Le conseil du notaire doit s'appuyer sur la vérification de la bonne applicabilité du pacte tontinier dans les pays qui seront concernés par une autre partie du patrimoine international. Si le transfert de propriété est traité hors succession en France, en sera-t-il de même à l'étranger ? Par ailleurs, il existe une institution proche de la tontine qu'il est important de connaître afin de ne pas la confondre avec elle : le *joint tenancy*. Peut-il être reconnu et appliqué dans le cadre d'une détention immobilière en France ?

A/ L'accueil d'une tontine française à l'étranger

4175 Le pacte tontinier prévu dans un acte de vente immobilière est une technique employée dans d'autres pays européens tels que la Belgique, où l'on parle de *clause d'accroissement*.

Il sera donc aisément reconnu dans ce pays. Fiscalement, le transfert de propriété sera traité en France, lieu de situation de l'immeuble, selon le barème des droits de mutation en cas de succession, conformément à la convention fiscale franco-belge (195).

En effet, en France, le transfert de propriété est en principe soumis aux droits de mutation à titre gratuit ; cependant, s'agit-il des droits français ou belges ? Selon la convention fiscale précitée, la taxation est opérée dans l'État de situation du bien, soit en France et selon le tarif français.

Aux Pays-Bas, la clause de tontine n'est pas insérée dans un contrat de vente, mais une clause de survie peut être prévue « dans un contrat de mariage, de cohabitation ou un contrat de société en nom collectif » (196). En présence de ressortissants néerlandais qui résident habituellement aux Pays-Bas et qui seront donc à ce titre soumis à la loi successorale de cet État, il conviendra donc d'approfondir les conditions de reconnaissance de la tontine française : considérera-t-on que puisque la clause est contenue dans le contrat de vente, elle s'applique automatiquement et soustrait le bien à la loi successorale néerlandaise ? Ou celle-ci ne connaissant pas ce type de clause, devra-t-on inclure le bien immobilier français dans la masse successorale ? *A priori*, il est permis de penser que la première

(195) Convention entre la France et la Belgique tendant à éviter les doubles impositions et à régler certaines autres questions en matière d'impôts sur les successions et de droits d'enregistrement, art. 4.

(196) G. Soudey, *L'estate planning. Optimisation civile et fiscale d'une succession internationale*, Lexis Nexis, 2011, n° 143, p. 100. L'auteur ajoute que « les biens acquis entrent dans la masse de calcul des parts successorales et réservataires et [que] la tontine est réductible ».

option sera plus logique. Le contrat de vente comprend une clause qui s'applique immédiatement en cas de décès. Le bien ne rentre pas dans la succession. D'un point de vue fiscal, il n'existe pas de convention entre la France et les Pays-Bas en matière de successions et de donations. Le transfert de propriété sera donc traité en France suivant l'article 750 *ter* du Code général des impôts et le barème fiscal français.

En Espagne, selon Guillaume Soudey, le pacte tontinier est connu mais peu utilisé (197).

Dans les pays de *common law*, il existe une technique de transmission très proche mais qui diverge sur plusieurs points cruciaux : le *joint tenancy*. Détaillé ci-après, sa proximité avec le pacte tontinier laisse supposer que le mécanisme de la tontine française ne verra pas d'opposition dans les pays qui le pratiquent. Inversement, la question de l'accueil de cette institution étrangère dans le système juridique français peut aussi être posée.

B/ L'accueil en France d'une institution étrangère proche de la tontine : le *joint tenancy*

4176 La tontine a été beaucoup conseillée, dans le cadre des acquisitions immobilières réalisées par des acquéreurs anglo-saxons en France, par les *solicitors* qui voyaient en elle une mesure proche du *joint tenancy*. Celui-ci est cependant différent, car il s'agit d'une institution correspondant à une forme de détention d'un bien immobilier et non une construction conventionnelle insérée dans un contrat de vente. Cette institution permet à deux personnes ou plus (les *joint tenants*) d'acquérir un bien immobilier en indivision puis de le transférer lors du décès de l'une ou l'autre d'entre elles. Le dernier *joint tenant* survivant sera considéré automatiquement comme ayant été le seul propriétaire de la totalité du bien rétroactivement depuis l'acquisition, de sorte qu'aucune succession ne sera ouverte sur le bien objet du *joint tenancy*. Une condition déterminante pour que la clause de survie appelée *right of survivorship* s'applique est que le bénéficiaire du *joint tenancy* ait un intérêt pécuniaire et affectif à recueillir le bien immobilier, appelé *life interest*. Cet intérêt commun doit être complété par une unité d'intérêt, de possession, de titre et de temps : l'acquisition par tous les *joint tenants* doit être réalisée dans le même acte, en même temps et en vue de la détention conjointe du même bien. Cet acte peut être réalisé après l'acquisition du bien immobilier en France.

Le *joint tenancy* est révocable de façon unilatérale par l'un des *joint tenants*, sans que cela entraîne de requalification en donation et que le bien soit réintégré dans la succession du prémourant. L'institution devient alors simplement une *tenancy in common* : une indivision sans clause de survie.

Il peut être conclu entre personnes appartenant à des générations différentes et être transmis à titre gratuit ou onéreux.

Dans quelle mesure le *joint tenancy* peut-il être appliqué en France ? Quel serait l'impact fiscal d'une telle option ?

C'est une disposition qui est inconnue du droit français. Dès lors peut-elle être conseillée à des acquéreurs anglais ou américains ? Selon Esther Bendelac (198), il serait possible de l'intégrer comme une technique d'anticipation et d'optimisation successorales dès lors qu'il a été valablement constitué dans un pays de *common law* qui connaît cette institution. Il faudrait alors que ce pays soit celui de la nationalité des acquéreurs ou leur lieu de résidence habituelle. Il est permis de penser que s'il est valablement constitué à l'étranger, il ne pourra pas être remis en cause lors de l'ouverture de la succession. La transmission du bien

(197) G. Soudey, *L'estate planning. Optimisation civile et fiscale d'une succession internationale, op. cit.,* n° 143, p. 100.
(198) *Guide pratique d'une institution d'estate planning : le joint tenancy : JCP* N 12 févr. 2016, n° 6, 1084.

immobilier ne relevant pas du droit successoral, il ne sera pas rapportable ni inclus dans la masse de calcul de la réserve héréditaire (199).

Le coin du praticien

Voici un exemple de *joint tenancy* qui pourrait être signé aux USA :

« Between the undersigned : Joint tenant 1 ... Joint tenant 2 ... As joint tenants all the real property located in the City of Paris (France), described as follows *(+ description of the property)*. The said property to be owned in joint tenancy by M^r^ ... joint tenant 1 and M^rs^ ... joint tenant 2. Date and signature ».

Fiscalement, il est probable que ce *joint tenancy* serait traité comme une clause de tontine lors du décès du premier *joint tenant*.

Quel est l'intérêt de prendre en compte un tel mécanisme plutôt qu'un pacte tontinier mentionné dans un acte d'achat ? Il semble que l'intérêt soit d'éviter la situation de blocage que peut générer la clause de tontine en cas de séparation ou divorce des acquéreurs. Le *joint tenancy* peut être unilatéralement annulé dans le pays d'origine, ce qui permet d'éviter l'un des écueils de la tontine.

Il est à noter que cette institution pourrait aussi être combinée avec l'acquisition sous forme de société civile immobilière pour éviter la réserve héréditaire et tout blocage en cas de séparation, et ainsi optimiser la transmission du bien fiscalement.

Les autres outils juridiques d'anticipation de la transmission successorale ont été développés *supra* : le changement volontaire de la loi matrimoniale, la rédaction d'un testament avec éventuellement *professio juris*, la souscription d'une assurance vie.

Nombre de personnes qui ne sont pas de nationalité française veulent utiliser leur société étrangère pour investir en France. Souvent préconisée par leurs conseils juridiques et fiscaux étrangers, cette solution est-elle néanmoins judicieuse lorsqu'elle est confrontée aux règles du droit français ? Ne vaut-il pas mieux opter pour une société française ?

SOUS-TITRE II

La propriété immobilière au moyen d'une société française ou étrangère

CHAPITRE I Les contraintes statutaires de la détention immobilière *via* une société

En cas d'acquisition immobilière par le biais d'une société de droit étranger, le notaire doit **4177**
se montrer prudent et effectuer quelques vérifications particulières **(Section I)**. Si les acquéreurs étrangers optent pour une société de droit français, il convient de ne pas négliger le devoir d'information au sujet de la vie d'une société civile en France **(Section II)**.

(199) On rappellera ici que les atteintes à la réserve ne semblent pas contraires à l'ordre public international français (V. *supra*, n° 3422), sauf cas de fraude (V. *supra*, n° 3410).

Section I Les contrôles formels en cas d'acquisition au moyen d'une société de droit étranger

4178 En cas d'acquisition par l'intermédiaire d'une société étrangère, le notaire doit effectuer des contrôles formels spécifiques afin d'assurer la sécurité juridique de l'acte de vente (200).

Si toutes les sociétés de personnes valablement constituées dans leur pays d'origine sont reconnues en France depuis longtemps, ce n'est que depuis la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 que toutes les sociétés de capitaux établies dans un autre État le sont également (201). Ainsi, si une société a été valablement créée dans un État étranger et qu'elle y est dotée de la personnalité morale, elle est automatiquement reconnue en France. Nulle transcription sur un registre commercial français n'est nécessaire pour qu'elle puisse exercer une activité en France. Il est à noter que le *trust* anglo-saxon n'a pas de personnalité morale selon le droit français ; il est donc impossible pour un *trust* de droit anglais d'acquérir un bien immobilier en France. Il en est de même des sociétés civiles allemandes et italiennes qui ne sont pas non plus dotées de la personnalité morale et ne peuvent donc pas se porter acquéreurs de biens et droits immobiliers situés en France.

Avant de signer des actes en faisant comparaître une société étrangère, le notaire doit donc s'assurer que cette société a été valablement constituée en demandant un extrait du registre du commerce et des sociétés de l'État d'origine. Si ce document est établi dans une langue qu'il ne maîtrise pas, il doit en demander une traduction qui sera éventuellement revêtue de l'apostille, selon les conventions existant avec l'autre État.

Ensuite, le praticien doit vérifier que la société de droit étranger a une réelle capacité de jouissance et d'exercice. Le critère de rattachement pour déterminer cette capacité est celui de la loi de la nationalité, qui est celle du siège social réel, c'est-à-dire le lieu où est exercée la direction effective de la société. Une société étrangère ne peut avoir en France de capacité plus large que dans son État de création, si cet État connaît « le principe de spécialité statutaire » (202). Pour rechercher quelle est la capacité d'exercice de la société, le notaire doit obtenir une copie des statuts de la société, qui seront traduits si le notaire n'est pas en mesure de les comprendre. Si aucune convention ne dispense des formalités de légalisation ou d'apostille, celle-ci sera requise. Il ne faut pas omettre de contrôler que l'objet de la société comprend notamment le droit d'acquérir, d'administrer, de louer des biens immobiliers.

4179 Dès lors qu'il sait que la société a été valablement constituée et qu'elle a la capacité d'acquérir un bien immobilier, le notaire doit rechercher qui a la qualité pour la représenter. À défaut de précision dans les statuts qui lui sont présentés, il demande une copie de la délibération qui a nommé la personne ayant le pouvoir d'agir au nom de la société, que ce soit un gérant, un président, ou un simple délégataire de la signature. Il faut bien vérifier que cette personne a réellement le pouvoir de signer un acte d'acquisition immobilière pour le compte de la société. Pour cela, une étude approfondie des statuts et des délibérations ne doit pas être négligée. Il est également important de vérifier le certificat d'immatriculation de la société, qui peut comporter des précisions en la matière. Selon la première directive européenne du droit des sociétés du 9 mars 1968 (203), qui a repris la théorie allemande de

(200) V. *supra*, n^os^ 2286 et s.
(201) L. n° 2007-1787, 20 déc. 2007, art. 27.
(202) S. Chalas-Kudelko, *Mutations immobilières et personnes morales étrangères*, Defrénois, 2 nov. 2018, n° 43, p. 31.
(203) Dir. 68/151/CEE, 9 mars 1968.

la *Prokura* (204), les limitations statutaires des pouvoirs du gérant d'une société sont inopposables aux tiers. En revanche, les limitations légales sont opposables aux tiers. Dès lors, le notaire doit se renseigner sur le contenu de la *lex societatis*. En cas de doute, il est fortement conseillé d'obtenir un certificat de coutume (ou *legal opinion* ou *affidavit*) d'un juriste étranger spécialisé en la matière. Selon M. Menjucq (205), il appartient à l'officier ministériel de vérifier strictement « l'identité, la capacité et les pouvoirs des cocontractants, sous peine d'engager sa responsabilité ».

Afin de vérifier l'identité de la personne morale acquéreur d'un bien immobilier en France, selon l'article 6, alinéa 1er du décret nº 55-22 du 4 janvier 1955, le notaire doit contrôler le certificat d'immatriculation de la société, qui doit comporter la dénomination, la forme juridique, le siège social et le numéro d'immatriculation s'il y en a un, les prénom(s), nom(s) et domicile du ou des représentant(s) de la société. S'il n'existe pas de certificat d'immatriculation ou d'extrait de registre du commerce et des sociétés dans le pays du siège social, il peut être établi un certificat d'identité de la société par une autorité administrative de cet État ou par un agent diplomatique ou consulaire représentant la République française dans ce pays. Il devra être traduit en langue française s'il est rédigé en langue étrangère : la traduction doit être effectuée par un traducteur assermenté ou par l'autorité consulaire apte à certifier la traduction.

Après avoir vérifié que l'identité de la société est correcte, le notaire doit s'assurer qu'elle a réellement la capacité d'acquérir un bien immobilier. Il lui faut donc obtenir une copie du certificat d'immatriculation et des statuts constitutifs. Il contrôle également que le représentant de la société a été valablement habilité à signer l'acte de vente. Si les statuts exigent une délibération de l'assemblée générale des associés pour autoriser le représentant de la société à signer l'acte de vente, il doit la demander.

Il est conseillé au notaire d'obtenir un *affidavit* d'un juriste étranger lui confirmant l'existence de la société, que celle-ci a la personnalité juridique, qu'elle n'est pas soumise à une procédure de redressement ou liquidation judiciaire, qu'elle a le droit de vendre ou acquérir un bien immobilier, que la décision d'acquérir ou de vendre a été valablement prise, et que le représentant de la société a le pouvoir de la représenter et de l'engager vis-à-vis des tiers.

Si le certificat d'identité de la société émane d'une autorité étrangère puisque le siège social est établi à l'étranger, il est soumis à la formalité de la légalisation ou de l'apostille ou dispensé de cette formalité, en fonction de l'existence ou non d'une convention liant la France avec le pays d'origine applicable en la matière.

Bien que la société ait son siège social à l'étranger, le notaire doit conseiller aux associés de vérifier avec un juriste compétent dans ce pays si l'acquisition du bien immobilier en France doit être déclarée au registre du commerce de cet État ou si le capital doit être considéré comme augmenté ou non suite à l'achat en France. Il existe en effet des pays où la société subira une taxation accrue en raison de son investissement en France.

Sur ces sujets, on rappellera d'une façon générale l'utilité d'avoir recours à une *legal opinion* établie par un juriste local (V. *supra*, nº 2288).

(204) En droit allemand, la *Prokura* permet de déléguer des pouvoirs au *Prokurist* au sein d'une société. Celui-ci a le pouvoir de représenter la société et, en principe, selon l'article 50 du HGB (Code de commerce allemand), la réduction de ses pouvoirs en interne par contrat n'est pas opposable aux tiers. Les actes qu'il accomplit engagent la société à l'égard des tiers. La société peut seulement obtenir des dommages et intérêts du *Prokurist* s'il outrepasse ses pouvoirs.

(205) M. Menjucq, *Droit international européen des sociétés*, LGDJ, 4e éd. 2016, nos 18 et s.

Section II Les informations spécifiques en cas d'acquisition au moyen d'une société de droit français par des acquéreurs étrangers

4180 En cas d'option pour une acquisition par une SCI ou d'apport immobilier à une société civile familiale, le notaire doit conseiller à ses clients de réaliser une véritable gestion. Ils doivent veiller à assurer un caractère réel à la SCI pour qu'elle ne soit pas considérée comme fictive au sens des articles L. 621-2, alinéa 2 et L. 631-7 du Code de commerce.

Cela se concrétise notamment par l'ouverture d'un compte bancaire au nom de la SCI. Les banques sont parfois réticentes à l'idée d'ouvrir des comptes bancaires lorsque les associés sont de nationalité étrangère et tout particulièrement s'ils sont originaires d'un État figurant sur la liste des pays jugés « non coopératifs » (206). Selon l'article L. 312-1 du Code monétaire et financier (207), il existe une obligation d'ouvrir un compte bancaire à toute personne physique ou morale établie en France. En cas de difficulté, les associés peuvent contacter la Banque de France, qui désignera un établissement bancaire pour l'ouverture d'un compte courant.

Afin de compléter le caractère réel de la société, les associés devront tenir une comptabilité. Ils peuvent l'établir eux-mêmes ou consulter un expert-comptable.

Enfin, ils devront réunir l'assemblée générale des associés chaque année. Même si ceux-ci sont répartis dans plusieurs pays, il est important de les réunir physiquement ou au moins au moyen de procurations données pour l'assemblée générale. Cette réunion permet de faire approuver les comptes sociaux, la gestion du gérant, et corrobore l'existence d'une véritable vie sociale.

Lorsqu'il oriente les acquéreurs étrangers vers l'acquisition au moyen d'une société, qu'elle soit de droit français ou non, le notaire ne doit pas omettre de les renseigner sur les conséquences fiscales de cet engagement.

CHAPITRE II Les contraintes fiscales de la détention immobilière *via* une société

4181 En cas d'acquisition d'un bien immobilier *via* une société, que celle-ci soit française ou étrangère, le notaire doit informer les acquéreurs étrangers des aspects fiscaux de la détention et de la revente ou de la transmission des biens.

Section I L'information sur les aspects fiscaux pendant la détention immobilière

4182 Selon que la société est française ou étrangère, les obligations et les déclarations fiscales seront différentes. Le notaire doit attirer l'attention des acquéreurs étrangers sur leurs devoirs vis-à-vis des services fiscaux de leur pays d'origine et du Trésor public français.

(206) V. *infra*, n° 4285.

(207) C. monét. fin., art. L. 312-1 : « I. – A droit à l'ouverture d'un compte de dépôt dans l'établissement de crédit de son choix, sous réserve d'être dépourvu d'un tel compte en France : 1° Toute personne physique ou morale domiciliée en France ; 2° Toute personne physique résidant légalement sur le territoire d'un autre État membre de l'Union européenne n'agissant pas pour des besoins professionnels ainsi que toute personne physique de nationalité française résidant hors de France ».

Sous-section I La taxe annuelle sur la valeur vénale du bien

4183 L'article 990 D du Code général des impôts issu de la loi du 25 décembre 2007 a instauré une taxe de 3 % qui s'applique aux entités françaises et étrangères propriétaires d'immeubles ou de droits réels immobiliers.

Dès lors que l'administration fiscale est informée qu'une société civile immobilière a été constituée, elle adresse un imprimé n° 2746 afin d'obtenir des renseignements sur l'identité des associés et l'usage prévu. Si les associés répondent que le bien immobilier acquis par la SCI est à usage strictement familial et qu'il n'y a pas de revenus tirés de cet investissement, ils échapperont à la taxe de 3 %.

Une étude approfondie de cette fiscalité a été réalisée *supra*, n° 2534.

Sous-section II La taxation des revenus immobiliers

4184 L'article 164 B, I, a du Code général des impôts prévoit que la détention d'un immeuble situé en France peut générer en France un impôt sur les revenus tirés de la location de cet immeuble, sauf convention internationale contraire. Il est à noter que la plupart des conventions fiscales signées par l'État français donnent compétence à l'État de situation de l'immeuble pour percevoir ces taxes.

Il résulte de la jurisprudence administrative (208) que certes, la société civile immobilière de droit français a une personnalité juridique et fiscale propre, mais qu'elle n'est pas soumise à l'imposition de ses revenus : ceux-ci sont taxés au nom de chaque associé, en fonction de sa quote-part dans le capital social, comme les résidents français, dans la catégorie des revenus fonciers.

En principe, selon l'article 197 A du Code général des impôts, les non-résidents se voient appliquer un taux minimum de 20 %, sauf s'ils peuvent démontrer à l'administration fiscale française que s'ils étaient résidents en France, ils bénéficieraient d'un taux inférieur.

Par ailleurs, les comptes courants détenus par les associés sont susceptibles d'être taxés en France comme des revenus distribués, sauf si la France a signé une convention internationale avec le pays de résidence des associés contenant des dispositions différentes.

Le notaire doit informer ses clients non résidents que certains pays considèrent que la SCI française est opaque et imposent les revenus tirés de ce type de société comme des dividendes. C'est le cas par exemple de la Belgique : il résulte d'une jurisprudence récente que les revenus générés par la détention de parts de SCI française sont taxés en Belgique comme des dividendes, au taux de 30 % (209).

(208) Dans ce sens, par référence à l'étude de G. Micolau, *Fiscalité de l'investissement immobilier en France par des non-résidents, via une SCI : RFP* mai 2018, n° 5, étude 11 : CE, 8e et 9e ss-sect., 9 févr. 2000, n° 178389, *Sté suisse Hubertus AG : JurisData* n° 2000-080013 ; *Dr. fisc.* 2000, n° 15, comm. 310. – Et décision de principe : CE, plén., 11 juill. 2011, n° 317024, *Sté Quality Invest : JurisData* n° 2011-018330 ; *RFP* 2011, n° 10, comm. 49, note Ph. Derouin.

(209) Arrêt 29 sept. 2016, n° F.14.0006.F et arrêt 21 sept. 2017, n° F.15.0075.N.

Section II L'information sur les aspects fiscaux de la revente du bien

4185 Les modalités de déclaration au titre des taxes sur les plus-values immobilières sont différentes selon que la société est française ou étrangère.

Sous-section I La taxe sur la plus-value immobilière en cas de vente par une société française comprenant des associés étrangers

4186 Le notaire doit informer l'associé non résident qu'une taxe sur la plus-value immobilière doit être acquittée en France, conformément à l'article 164 B, I, e *bis* du Code général des impôts et qu'il doit se renseigner dans son pays d'origine pour savoir s'il doit aussi y déclarer la plus-value réalisée en France et éventuellement acquitter une taxe.

Il est à noter que l'exonération de l'article 150 U, II, 2° du Code général des impôts en cas de vente d'un logement situé en France par un non-résident ne s'applique que si le bien immobilier est détenu en direct.

Sous-section II La taxe sur la plus-value immobilière en cas de vente par une société étrangère

4187 L'article 244 *bis* A du Code général des impôts prévoit que les ventes d'immeubles en France par des sociétés étrangères sont soumises à une imposition spécifique. La désignation d'un représentant fiscal accrédité étant obligatoire dans tous les cas, l'organisme professionnel qui est généralement désigné par le vendeur sera compétent pour calculer le montant du prélèvement à effectuer sur le prix de vente. Le régime retenu est celui qui est applicable aux sociétés de capitaux, et présume par conséquent qu'il a été pratiqué un amortissement. D'où une imposition qui peut sembler sévère : plus longtemps la société aura conservé le bien immobilier vendu, plus le montant de la taxe sur la plus-value sera élevé car il est pratiqué une décote du prix de revient. En outre, les déductions forfaitaires de frais d'acquisition et de travaux applicables aux plus-values des particuliers ne peuvent pas être pratiquées.

Les sociétés résidentes d'un État membre de l'Union européenne ou d'un État de l'Espace économique européen sont ainsi soumises à un régime identique à celui des sociétés françaises soumises à l'impôt sur les sociétés (210).

Les sociétés résidentes d'autres États doivent quant à elles appliquer sur le prix et les frais d'acquisition des immeubles bâtis (211) (le cas échéant majoré des travaux de construction, reconstruction ou agrandissement) (212) un amortissement de 2 % par année de détention (213), avant application du taux d'imposition de 33,1/3 %.

Il faut tout de même noter que l'impôt ainsi acquitté s'impute sur l'impôt sur les sociétés dû en France.

(210) CGI, art. 244 *bis* A III.
(211) À l'exclusion des terrains non bâtis.
(212) Les travaux, pour être pris en compte, ne doivent pas avoir déjà donné lieu à une déduction, et doivent être justifiés par la production de factures répondant aux critères de l'article 289 du Code général des impôts.
(213) CGI, art. 244 *bis* A III, al. 1.

Certains acquéreurs étrangers, sur les conseils de leurs experts juridiques personnels, optent malgré ce mode de calcul pénalisant pour une acquisition immobilière *via* une société étrangère. Le notaire, fin connaisseur du système fiscal français, sera prudent de leur écrire qu'il le leur déconseille du point de vue de la taxation de la plus-value immobilière française, et ce afin d'éviter toute mise en cause de sa responsabilité lors de la revente du bien immobilier. Ce choix est fréquemment dicté par des considérations fiscales internes au pays d'origine des acquéreurs, mais le notaire doit se montrer prudent.

SOUS-TITRE III

Le démembrement de propriété à l'international

CHAPITRE UNIQUE L'accueil à l'étranger d'un démembrement de propriété français

Il est inconcevable d'aborder le contrat de vente d'un immeuble situé en France sans envisager les modalités et conséquences d'une acquisition et d'une détention en démembrement de propriété dans un contexte international. Les notaires français maîtrisent les mécanismes juridiques du démembrement de propriété, mais ils doivent adapter leur pratique quotidienne en présence d'acquéreurs étrangers. **4188**

Si la transmission *via* le démembrement de propriété est effectivement très utilisée en France, elle n'est pas toujours appliquée à l'étranger. Peu de pays connaissent cette modalité de transmission patrimoniale. Elle sera donc soit ignorée, soit appliquée selon la théorie de l'équivalence.

Section I L'intégration du démembrement de propriété français dans certains pays

Selon l'article 578 du Code civil, l'usufruit (issu des mots latins *usus* et *fructus*), est le droit d'utiliser un bien ou d'en percevoir les revenus. L'usufruitier ne dispose pas d'un autre attribut du droit de propriété (l'*abusus*) qui est celui de disposer du bien. **4189**

Généralement, les pays de droit latin connaissent l'usufruit. En présence d'un démembrement de propriété organisé en France, les services ou autorités consultés sauront dès lors le reconnaître en appliquant la théorie de l'équivalence.

Le notaire peut, par exemple, conseiller à un couple d'Italiens d'acquérir un bien immobilier en France en instaurant un démembrement de propriété avec leurs enfants pour optimiser la transmission de cet immeuble. Le décès de l'usufruitier permettra au nu-propriétaire de devenir pleinement propriétaire du bien immobilier sans formalité à effectuer au service de la publicité foncière français et sans taxe successorale à acquitter en France. Néanmoins, le notaire doit se référer aux conventions fiscales signées par la France pour vérifier si une taxation doit avoir lieu dans le pays de résidence du défunt en cas de transmission de l'usufruit.

Quelques pays connaissent le démembrement de propriété : le Portugal, la Grèce, la Suisse, la Belgique, par exemple. En présence de ressortissants de ces pays, il sera donc envisageable de proposer une acquisition familiale en démembrement de propriété.

Dans d'autres pays en revanche, la transmission de l'usufruit ne sera pas reconnue et c'est la succession de la pleine propriété qui sera constatée et taxée.

Section II L'absence de reconnaissance du démembrement de propriété français dans d'autres pays

4190 Le notaire doit se montrer vigilant lorsqu'il propose aux acquéreurs étrangers d'acquérir un bien immobilier situé en France en démembrant leur droit de propriété avec leurs enfants. Cette modalité de détention immobilière ne sera pas automatiquement appréciée de la même façon dans leur pays de résidence (214).

C'est le cas notamment dans les pays de *common law*. Le *Law of Property Act 1925* a supprimé toute référence aux droits réels démembrés sous le régime de *common law*, ne laissant subsister que le droit de pleine propriété, une forme d'hypothèque et les baux à terme.

L'institution qui se rapproche le plus de l'usufruit en droit anglais est le *life interest*. Cette notion de *common law* s'applique à des droits liés à la pleine propriété. C'est un *settlement*, c'est-à-dire un élément du *trust* dont l'objet est la pleine propriété d'un bien. Le *life interest* se distingue de l'usufruit, car celui-ci est un droit réel constitué sur un bien et non une servitude grevant ce bien. Le *life interest* est un droit établi sur un bien par un *trust* dont le bénéficiaire est le *trustee* tandis que l'usufruit français n'est pas établi par un *trust*. Le *Law of Property Act 1925* a supprimé toute référence aux droits réels démembrés sous le régime de *common law*, ne laissant subsister que le droit de pleine propriété, une forme d'hypothèque et les baux à terme.

Si les acquéreurs sont de nationalité française et résident au Royaume-Uni, en Irlande, au Canada ou aux États-Unis, et généralement dans un pays qui ne connaît pas le démembrement de propriété, le notaire peut leur conseiller d'établir une *professio juris* en faveur de leur loi nationale. Ainsi, d'un point de vue civil, la transmission immobilière sera simple en France. D'un point de vue fiscal, il convient de se référer aux conventions fiscales établies entre la France et le pays de résidence fiscale des acquéreurs.

Selon MM. Harris et Petit, les agents du HMRC (Trésor public britannique) ne connaissant pas le démembrement de propriété, ils sont enclins à le taxer comme un *trust* ou un *settlement*. L'usufruit est requalifié et taxé intégralement au Royaume-Uni, même s'il a déjà été taxé en France. Néanmoins, une position différente peut être adoptée sur le fondement de l'égalité de traitement en cas de situations qui se ressemblent. Dans cette hypothèse, le HMRC peut considérer que l'usufruit n'a pas de valeur réelle imposable au décès de l'usufruitier, mais cette décision est rarement appliquée. Le notaire sera donc bien avisé d'éviter de proposer un investissement en démembrement de propriété aux ressortissants de ces pays.

(214) Sur ce sujet, V. égal. *supra*, n° 3552.

TROISIÈME PARTIE

Le financement

TITRE UNIQUE

Le financement dans un contexte international

4191 Pour le notaire français, s'interroger sur le financement international, c'est avant tout prendre en compte les conditons d'intervention des établissements étrangers sur le marché bancaire français **(Chapitre I)**. Une fois vérifiée la possibilité pour la banque d'intervenir à l'acte, il reste encore à s'interroger sur les conditions de la formation du contrat de prêt **(Chapitre II)** avant de se pencher sur une clause particulière, primordiale en l'espèce : la clause attributive de juridiction **(Chapitre III)**. Reste ensuite, dans le souci constant de l'efficacité de l'acte, à s'interroger sur les garanties à prendre **(Chapitre IV)**.

CHAPITRE I Les conditions d'intervention sur le marché bancaire français

4192 Le notaire en contact avec un établissement de crédit doit avant de régulariser tout acte vérifier que cet établissement peut avoir une activité sur le marché français, c'est-à-dire exercer une activité bancaire ou même démarcher de la clientèle sur le territoire français (215).

À cet effet, il convient de rappeler dans un premier temps le principe issu du Code monétaire et financier français **(Section I)** avant d'analyser la réglementation applicable aux établissements européens **(Section II)** ainsi que celle applicable aux établissements non européens **(Section III)**.

Section I Le principe d'interdiction d'accès au marché français

4193 L'accès au marché français est par principe interdit aux établissements des États membres de l'Union européenne (UE) ou de l'Espace économique européen (EEE) (216) qui ne bénéficient pas du passeport européen, ainsi qu'aux établissements étrangers non européens.

(215) V., pour une étude plus complète et exhaustive : W. Sanbar et H. Bouchetemble, *Droit des opérations bancaires et financières transfrontalières, aspects juridiques et pratiques de l'accès au marché français*, RB Édition, 2013.

(216) L'Espace économique européen (EEE) est une union économique regroupant les États membres de l'Union européenne auxquels s'ajoutent l'Islande, le Liechtenstein et la Norvège. L'EEE est issu d'un accord signé en 1992 entre les pays membres de l'UE et trois des quatre pays membres de l'Association européenne de libre-échange (AELE), à l'exception donc de la Suisse, afin de permettre à ces derniers d'intégrer le marché unique européen sans être membres de l'UE. Cet espace est marqué par les quatre libertés sur lesquelles repose le marché unique de l'UE, à savoir la liberté de circulation des capitaux, des marchandises, des services et des personnes.

Cette interdiction couvre deux régimes autonomes :
- l'interdiction de réaliser en France des opérations de banque, de paiement et d'investissement. C'est ce que l'on qualifie de monopole bancaire et financier **(§ I)** ;
- l'interdiction de solliciter en France le public en vue de lui proposer ces opérations. Il s'agit là des restrictions liées au démarchage **(§ II)**.

§ I Les opérations de banque, de paiement et d'investissement : le monopole bancaire

4194 **– Définition des opérations de banque. –** L'article L. 311-1 du Code monétaire et financier modifié par l'ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 énonce que les opérations de banque comprennent la réception de fonds remboursables du public, les opérations de crédit, ainsi que les services bancaires de paiement.

Ces opérations de banque incluent les opérations de crédit.

Aux termes de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier, constitue une opération de crédit « 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. Sont assimilés à des opérations de crédit le crédit-bail, et, de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat ».

Cette notion d'opération de crédit recouvre ainsi notamment les prêts, les ouvertures de crédit, le crédit-bail et les cessions de créance non échues.

Les opérations de paiement, activité connexe à l'ouverture de crédit, et d'investissement ne concernent pas directement la pratique notariale.

A/ Le monopole

4195 L'article L. 511-5 du Code monétaire et financier, issu de l'ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 entrée en vigueur le 1er janvier 2014 dans le but de mettre le droit français en conformité avec le droit européen, édicte un monopole au profit des établissements de crédit français. En effet, il énonce qu'il « est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit ou une société de financement d'effectuer des opérations de crédit à titre habituel. Il est, en outre, interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit de recevoir à titre habituel des fonds remboursables du public ou de fournir des services bancaires de paiement ».

Le texte s'adresse à deux types de prestataires :
- aux « établissements de crédit » pour tout ce qui concerne les opérations de banque ;
- et aux « sociétés de financement », terme plus large qui désigne désormais une nouvelle entité dont la dénomination est issue de l'ordonnance, pour ce qui concerne les opérations de crédit.

Le monopole s'énonce en terme d'interdiction à l'égard de toute une série de personnes morales et, *a fortiori*, à toute personne physique. Il se justifie par la nécessité de protéger les déposants, d'assurer la liquidité des marchés et de garantir contre tout risque d'insolvabilité des établissements de crédit et désormais également des sociétés de financement. Il concerne les opérations effectuées « à titre habituel ».

En France, c'est l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) (217) dont le siège est à Paris qui exerce le contrôle des banques et des assurances.

Ainsi ce monopole se traduit par la délivrance d'un agrément qui, à partir du 9 mars 2010, était délivré par l'ACPR et qui est désormais délivré par la Banque centrale européenne (BCE), sur proposition de l'ACPR en application des articles 4 et 14 du règlement (UE) nº 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013.

B/ La délivrance d'un agrément

4196 Aux termes de l'article L. 511-10 du Code monétaire et financier, les établissements de crédit comme les sociétés de financement doivent obtenir un agrément avant d'exercer leur activité.

Cet agrément, qui constitue une autorisation administrative d'exercer la profession, est délivré dès lors que l'on respecte les garanties édictées par les articles L. 511-10 et suivants du Code monétaire et financier.

Cet agrément est délivré à des personnes morales ayant leur siège en France ou à des succursales établies sur le territoire français d'établissements de crédit ayant leur siège social dans un État qui n'est ni membre de l'Union européenne (UE) ni partie à l'accord sur l'Espace économique européen (EEE).

En application des articles 4 et 14 du règlement (UE) nº 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013, l'agrément d'établissement de crédit est délivré par la Banque centrale européenne (BCE), sur proposition de l'ACPR.

L'ACPR doit cependant s'assurer, conformément à l'article L. 511-13 du Code monétaire et financier, que le siège social et l'administration centrale de l'établissement de crédit ou de la société de financement agréé conformément à l'article L. 511-10 sont situés en France. Ces dispositions ne sont cependant pas applicables aux succursales établies sur le territoire français d'établissements de crédit ayant leur siège social dans un État qui n'est ni membre de l'UE ni partie à l'accord sur l'EEE.

Une fois l'agrément délivré, l'établissement de crédit ou la société de financement doit satisfaire à tout moment aux conditions de son agrément.

(217) L'ACPR est une autorité administrative dont le Code monétaire et financier établit l'indépendance pour l'exercice de ses missions et l'autonomie financière. Pour son fonctionnement, l'ACPR est adossée à la Banque de France, qui lui procure ses moyens, notamment humains et informatiques. Créée le 9 mars 2010 en application de l'ordonnance du 21 janvier 2010, l'Autorité de contrôle prudentiel (devenue l'ACPR en 2013) est issue de la fusion des autorités de contrôle des secteurs de la banque et de l'assurance et des autorités d'agrément. La création de cette autorité aux compétences élargies constitue une réponse aux nouveaux enjeux apparus lors de la crise financière de 2008. Dans son prolongement, la nouvelle autorité est explicitement chargée de veiller à la préservation de la stabilité du système financier, pour prévenir la survenue de nouvelles crises financières. L'ACPR assure également la protection des clients, assurés, adhérents et bénéficiaires des personnes soumises à son contrôle. L'autorité assure également la mission de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. La loi nº 2013-672 du 26 juillet 2013 « de séparation et de régulation des activités bancaires » a doté l'ACP de nouveaux pouvoirs en matière de résolution bancaire, pour contribuer à résoudre les crises à moindre coût. À cette occasion, elle est devenue l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. Les pouvoirs de résolution de l'ACPR ont été étendus au secteur de l'assurance en décembre 2016. Depuis la mise en place de l'Union bancaire au sein de la zone euro, centrée sur le développement du Mécanisme de supervision unique en 2014, puis étendue au Mécanisme de résolution unique en 2015, l'ACPR assure ses missions prudentielles bancaires dans ce nouveau cadre.

L'agrément est constaté par l'inscription sur un registre tenu par l'ACPR qui recense les entreprises, françaises ou étrangères, qui ont obtenu de l'ACPR une autorisation pour exercer des activités en France.

Le registre des agents financiers Regafi

D'un point de vue pratique, le notaire pourra utilement consulter, sur le site Regafi, le registre des agents financiers (www.regafi.fr) également accessible depuis le site de la Banque de France et de l'ACPR.
Ce registre recense les entreprises, françaises ou étrangères, qui ont obtenu de l'ACPR une autorisation pour exercer des activités en France.
Dans le cas où une entreprise est étrangère, le registre précise si elle exerce ses activités *via* sa succursale française ou directement depuis son pays d'origine (procédure de la libre prestation de services, réservée aux entreprises implantées dans un État partie à l'accord sur Espace économique européen [EEE]).
En outre, le registre recense les entreprises auxquelles l'ACPR a délivré une autorisation pour exercer des activités bancaires à Monaco.
Le registre Regafi précise, pour chaque entreprise enregistrée auprès de l'ACPR, la liste des activités bancaires, des services d'investissement et des services de paiement qu'elle est autorisée à exercer en France.
Le registre précise également la nature de son autorisation (agrément de l'ACPR ou passeport européen par exemple).
Sa consultation permettra ainsi de vérifier que l'établissement de crédit ou la société de financement recherché y est référencé, et permettra de vérifier que les informations présentées sur le registre (dénomination sociale, nom commercial, adresse, numéro d'agrément...) sont strictement identiques à celles de l'établissement recherché.

C/ Définition de l'établissement de crédit au niveau européen

4197 L'article 1er de la première directive de coordination bancaire du 12 décembre 1973 (218) en donne la définition communautaire : « Au sens de la présente directive, on entend par établissement de crédit une entreprise dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour son propre compte ».

Toutes les législations nationales n'ont pas repris à la lettre cette définition, et certains États, dont la France, s'écartent de la définition communautaire de l'établissement de crédit, notamment en ne reprenant pas le caractère cumulatif de l'article 1er de la directive de 1977 (recevoir des dépôts et octroyer des crédits) (219). La loi bancaire française, loi nº 84-46 du 24 janvier 1984 modifiée, définit au premier alinéa de son article 1er les établissements de crédit comme étant « des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque » et énonce au second alinéa de cet article que « 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 moyens de paiement ». Les critères établis par cette définition sont alternatifs, et non cumulatifs. La définition communautaire de l'établissement de crédit est donnée par une directive. À la différence d'un règlement qui est obligatoire dans tous ses éléments et d'applicabilité directe, la directive ne lie les États membres que quant au résultat à atteindre et laisse aux instances nationales la compétence

(218) Codifié à l'article 1er de la directive 2000/12/CE du 20 mars 2000.
(219) Première directive 77/780/CEE du Conseil du 12 décembre 1977 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice : *JO* nº L 322, 17 déc. 1977, p. 30.

quant à la forme et aux moyens (220). La directive de 1977 a donc pu être transposée de façon plus ou moins stricte selon les États. Plusieurs autres directives sont venues compléter le processus d'harmonisation engagé par la première directive de coordination bancaire, dont notamment la seconde directive de coordination bancaire du 15 décembre 1989 (221), qui a établi un système de reconnaissance mutuelle des agréments pour la création de succursales et pour la libre prestation de services. Ce principe d'agrément bancaire unique prévoit que l'agrément délivré par les autorités de tutelle d'un État membre de l'UE ou de l'EEE produit son effet sur l'ensemble du territoire européen. Le système ainsi instauré, qui s'applique au bénéfice de tous les établissements de crédit au sens de la première directive bancaire, ne leur est toutefois offert que pour les activités et services énumérés dans l'annexe de la deuxième directive. Cette directive aussi est désormais codifiée par la directive 2000/12/CE précitée. Le monopole bancaire souffre quelques exceptions marginales qui ne touchent pas à la pratique notariale et qui ne seront par conséquent pas développées ici.

Le monopole concerne l'exercice habituel d'une activité bancaire (222). Cela signifie que l'agrément n'est requis que pour l'exercice habituel d'une activité bancaire ou de paiement.

La notion d'habitude n'est toutefois pas appréciée en jurisprudence de la même façon selon que le prestataire est un professionnel ou n'est pas un professionnel.

Pour le non-professionnel, l'habitude suppose une répétition : l'infraction n'est constituée que lors de la seconde opération ou, plus exactement, à compter d'une opération avec un second client. Il a en effet été jugé que l'octroi de neuf prêts successivement sur une période de neuf ans mais au profit de la même personne ne constituait pas une activité habituelle (223).

Pour le professionnel en revanche, la chambre commerciale écarte le critère de l'habitude, considérant que l'infraction est constituée dès la première opération relevant du monopole (224).

L'infraction constituée, il convient d'évoquer les sanctions.

Sur le plan civil, il est considéré que, dans la mesure où l'objet premier du monopole bancaire n'est pas la protection du client, la sanction n'est pas la nullité du contrat. En revanche, le prestataire s'expose à devoir verser des dommages-intérêts au client (225). Ce type de sanction a été appliqué tant à des entités françaises qu'à des établissements de crédit étrangers (226).

L'infraction donne également lieu à des sanctions pénales (227), qui peuvent aussi atteindre les dirigeants personnes physiques (228).

(220) Cf. TCE, art. 189.
(221) Deuxième directive 89/646/CEE du Conseil du 15 décembre 1989 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice : *JO* n° L 386, 30 déc. 1989, p. 1.
(222) C. monét. fin., art. L. 511-5, al. 1er, art. L. 531-10 et L. 521-2.
(223) Cass. com., 3 déc. 2001 : *Bull civ.* 2001, IV, n° 182 ; *Banque et droit* 2002, n° 89, p. 55, obs. Th. Bonneau.
(224) Cass. com., 13 mars 2001, n° 96-20.840. – Cass. com., 4 juin 2002 : *RD bancaire et fin.* 2002, p. 181, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard. – Cass. com., 7 janv. 2004 : *RD bancaire et fin.* 2004, p. 88, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard.
(225) Cass. ass. plén., 4 mars 2005 : *JCP* G 2005, II, 10062, concl. M. de Gouttes. – Cass. com., 31 oct. 2006, n° 05-12.195.
(226) Cass. com., 3 juill. 2007, n° 06-17.963, à propos d'un établissement suisse.
(227) C. monét. fin., art. L. 571-3, L. 573-1 et L. 572-5.
(228) C. pén., art. L. 121-2.

Est réputée commise sur le territoire français l'infraction dont l'un des éléments constitutifs a eu lieu sur ce territoire. Ainsi par exemple une banque étrangère violerait le monopole bancaire en consentant à partir de son siège un crédit débloqué sur le compte en France d'un résident français.

§ II L'interdiction de solliciter : le démarchage bancaire

Le Code monétaire et financier réserve le droit de démarcher sur le territoire français : **4198**
- aux établissements français ;
- aux établissements européens passeportés.

Les établissements étrangers ne sont donc pas autorisés à démarcher sur le territoire français.

Le démarchage est défini de deux façons par l'article L. 341-1 Code monétaire et financier, qui détermine son régime général. Cet article distingue en effet l'acte de démarchage à distance (le texte parle dans son premier alinéa de la « prise de contact non sollicitée, par quelque moyen que ce soit »), et l'acte de démarchage en vis-à-vis.

Cette seconde catégorie est définie à l'alinéa 8 de l'article L. 341-1 comme « le fait de se rendre physiquement au domicile des personnes, sur leur lieu de travail ou dans les lieux non destinés à la commercialisation de produits, instruments et services financiers, en vue des mêmes fins ». Elle appelle une protection plus forte en faveur des clients ainsi démarchés en vis-à-vis.

L'article L. 341-2 du Code monétaire et financier énumère toutefois les cas dérogatoires de démarchage non soumis aux dispositions de l'article précédent.

Section II Les conditions d'accès des établissements européens

Initialement, les établissements de crédit ayant leur siège social dans un autre État de **4199**
l'Union européenne devaient, comme toute autre banque étrangère, obtenir un agrément avant d'entreprendre une activité bancaire en France. Cet agrément était délivré par le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) (229) qui émanait du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie. Le CECEI a fusionné avec la Commission bancaire, l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles et le Comité des entreprises d'assurances pour former l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP) en janvier 2010, depuis devenue l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) en 2013. Sur le fondement du principe de la liberté d'établissement inscrit dans le traité de Rome, l'agrément était accordé dès lors que ces établissements de crédit remplissaient les conditions légales.

Depuis novembre 2014, la BCE contrôle directement les plus grandes banques des États participants, tandis que les autorités nationales continuent de superviser les autres banques. En effet, seules cent vingt-quatre banques parmi les plus importantes de la zone euro et des pays qui décident de participer au Mécanisme de surveillance unique (MSU, qui est le système de supervision bancaire européen) (230), sont soumises à la supervision directe de la BCE. Leur nombre était de cent trente au lancement du mécanisme. Ces banques, jugées

(229) Cass. com., 20 oct. 1998 : *D.* 1999, jurispr. 10, note B. Sousi.
(230) Pour plus d'informations, se reporter au site www.bankingsupervision.europa.eu/.

« importantes » selon différents critères (actifs supérieurs à 30 M€ ou représentant au moins 20 % du PIB du pays d'appartenance), détiennent ensemble 82 % des actifs bancaires de la zone euro. Parmi elles, BNP Paribas, le Crédit Agricole ou encore UBS (Luxembourg). Les autres banques des pays concernés sont supervisées par les autorités nationales, en lien avec la BCE. Au total, environ 4 700 banques sont donc soumises au MSU. Toutefois, certains observateurs considèrent que des banques de plus petite taille peuvent être responsables d'un risque systémique, sans pour autant être surveillées par la BCE, ce qui limite la portée du MSU.

Section III Les conditions d'accès des établissements non européens

4200 En préalable, il faut souligner que les institutions européennes ont décidé dans le courant des années 1990 que l'intégration du marché bancaire européen était une priorité et qu'elle devait se réaliser dès l'aube du XXIe siècle. Après une profusion de directives, une mise en ordre a été opérée par la directive 2000/12/CE du 20 mars 2000 qui en quelque sorte a réalisé une codification officielle de la matière.

Aussi aujourd'hui, pour avoir accès au marché bancaire européen (231), il suffit à une banque d'être agréée dans l'État membre où elle a son siège en tant qu'établissement de crédit. Une fois cet agrément obtenu dans un État membre (en France, il s'agit du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement – CECEI – en vertu de l'article L. 511-10 du Code monétaire et financier), et par application du principe de reconnaissance mutuelle, il doit être pris en considération dans les autres États membres. Les frontières entre les différents marchés nationaux sont donc perméables, ce qui explique que l'agrément unique est communément appelé « passeport européen ». Les conditions d'obtention et de conservation du « passeport européen » ont été harmonisées et certains États membres peuvent durcir les conditions de sa délivrance, sous réserve de pouvoir justifier du respect du « test de l'intérêt général ». Ce sont les autorités de l'État membre où l'établissement a son siège qui exercent le contrôle, et non celles de l'État membre d'accueil qui n'ont qu'une compétence résiduelle.

La banque ainsi agréée peut créer une succursale dans un autre État membre. Jusqu'à il y a peu, l'établissement étranger qui demandait l'agrément devait présenter un rattachement caractérisé avec l'Union européenne. Mais les réformes du droit des contrats et du dispositif des marchés d'instruments financiers (MIF) ont affaibli le monopole bancaire et financier par la création de nouveaux accès au marché français au profit d'établissements étrangers (232).

En premier lieu en effet, le nouvel article 1121 du Code civil, tel qu'il résulte de l'ordonnance du 10 février 2016, a consacré la théorie de la réception dans les contrats entre absents. En d'autres termes, le lieu de formation d'un contrat dont l'offre a été émise depuis l'étranger, acceptée en France par l'emprunteur et retournée à l'offrant à l'étranger, est le lieu de réception de l'offre acceptée par l'emprunteur, soit le lieu où est établi l'établissement étranger. Ceci peut générer certains inconvénients, notamment s'il est considéré que le professionnel « dirige son activité vers la France », auquel cas les lois de police prévues

(231) Pour une étude exhaustive des conditions d'obtention et de conservation de l'agrément, V. *JCl. Banque Crédit Bourse*, Fasc. 1010, *Opérations de banque intracommunautaires - Aspects statutaires*.

(232) W. Sanbar, *Le monopole bancaire et financier à l'épreuve de la réforme du droit des contrats et du nouveau dispositif MiFID2 et MiFIR : Banque et droit* nov.-déc. 2016, n° 170.

par le Code de la consommation seraient déclenchées. La notion de « direction de l'activité vers la France » est également utilisée sur le terrain des clauses attributives de juridiction par le règlement Bruxelles I.

En second lieu, la transposition en droit français de la directive 2014/65/UE du 15 mai 2014 (dite « MiFID2 ») par l'ordonnance n° 2016-827 du 23 juin 2016 relative aux marchés d'instruments financiers et la promulgation du règlement (UE) n° 600-2014 du 15 mai 2014 (dit « MIFIR ») ont introduit deux exceptions au principe de monopole des prestataires de services d'investissement (dits « PSI »), applicables à compter du 3 janvier 2018. Il s'agit, d'une part, de la règle de la commercialisation passive et, d'autre part, du passeport dit « contreparties éligibles et clients professionnels ». L'objectif premier de la règle de la commercialisation passive était d'autoriser des réponses faites par des établissements étrangers à des demandes ponctuelles émanant de clients français, mais elle permet aussi de valider certaines situations dont la régularité restait douteuse. Le MIFIR va plus loin en instituant un véritable passeport au profit des entreprises des pays tiers, en libre prestation de services couvrant l'ensemble du territoire de l'Union européenne.

Ce passeport est toutefois soumis à deux séries de conditions plus contraignantes que celles imposées aux PSI européens. En premier lieu, une décision d'équivalence doit avoir été prise par la Commission européenne, décision relative au pays tiers dans lequel est situé le siège de l'établissement concerné. En second lieu, l'entreprise du pays tiers qui a obtenu son passeport et qui souhaite offrir ses services dans l'Union européenne devra demander son enregistrement dans le registre des entreprises de pays tiers tenu par l'Autorité européenne des marchés financiers. Ces deux exceptions réduisent considérablement le périmètre des monopoles bancaire et financier, mais elles ne dispensent pas le notaire devant recevoir un acte auquel interviendrait un établissement d'un pays tiers, de s'assurer que ce dernier dispose bien d'un « passeport » lui permettant d'exercer son activité en France.

CHAPITRE II La formation du contrat de prêt

Section I Propos introductifs

4201 En droit français, le contrat de prêt est d'abord un contrat civiliste régi par les articles 1874 et suivants du Code civil. Les dispositions adoptées par le législateur de 1804, toujours en vigueur à ce jour, visaient alors un prêt vu comme un service rendu entre membres d'une société très majoritairement agricole et faiblement monétarisée. Encore fortement imprégnés de tradition catholique et ayant à ce titre un regard réprobateur sur le prêt à intérêt, c'est presque gênés que les rédacteurs du Code civil ont néanmoins prévu un chapitre III intitulé « Du prêt à intérêt ». Et encore, loin de constituer la mise en place de solides règles de crédit pour le financement d'une activité industrielle naissante, tout au contraire, la moitié du chapitre est consacrée aux emprunts perpétuels constitutifs de rentes.

Très loin de cette simplicité de 1804, les opérations de financement, et en particulier dans un contexte transfrontalier, sont à ce jour particulièrement complexes. À l'abondance et à la richesse des dispositions de droit interne, s'ajoute un nombre indéfini de difficultés pratiques allongeant considérablement la durée de formation du contrat de prêt, telles que :

- **la mobilité géographique des emprunteurs et garants.** Il est rare pour le notaire instrumentaire de pouvoir organiser un rendez-vous où l'ensemble des parties (prêteurs

emprunteurs et garants) puisse être présent. Il en résulte fréquemment l'adjonction d'une difficulté additionnelle tenant à la régularisation de procurations, et donc de problématiques liées à leurs formes et aux garanties d'authenticité de celles-ci ;

- **la mobilité des prêteurs.** Les différentes places bancaires mondiales ont une volonté d'étendre leur activité de crédit au profit des personnes à fort pouvoir d'achat ou des entreprises à l'ensemble des pays, ou, *a minima*, à l'ensemble de l'EEE. Dès avant la formation du contrat, la problématique de l'accès au marché bancaire français et aux règles de démarchage pourra éventuellement se poser ;
- **la complexité des chaînes de détention.** Le recours à un financement transfrontalier pour l'acquisition d'un bien situé en France est généralement l'apanage d'emprunteurs avertis constituant une clientèle de choix pour les banques de différentes places. Les véhicules d'acquisition sont également le miroir de cette complexité, et, bien au-delà d'une simple société civile comprenant les membres de la famille, il est courant que les participations au sein d'une société acquéreur soient détenues par d'autres sociétés de nationalité distincte et/ou des institutions autres que sociétales (*trust*, fondations de droit étranger, fiduciaires) ;
- **l'examen de la conformité (*compliance*).** Force est de constater que l'ensemble des acteurs (banques, comptables, notaires) impliqués dans les opérations de financement sont aujourd'hui sensibilisés aux problématiques de lutte contre le blanchiment de capitaux et à la nécessité d'identifier le bénéficiaire effectif (*Know Your Customer*) de l'opération. Il en résulte un allongement des délais pour l'ensemble de la chaîne ;
- **la multiplicité des sûretés.** Il est rare que les contrats de prêt soient assortis d'une seule sûreté. Ils sont en général garantis par un ensemble de sûretés réelles mobilières ou immobilières et/ou personnelles. La formation définitive du contrat de prêt nécessitera alors l'examen de la conformité juridique et de la valeur économique de chacun des biens affectés en garantie, ainsi qu'un examen de la situation personnelle de chacun des garants.

Il en résulte qu'un prêt transfrontalier va nécessairement impliquer un nombre multiple d'étapes entre la décision sur le principe de l'octroi du prêt de la part de la banque et la régularisation de l'ensemble de la documentation liée aux contrats de prêt et à ses sûretés. Sur la régularisation des conditions du prêt proprement dites, nous avons déjà abordé, dans notre propos consacré à l'accès des banques étrangères au marché bancaire français, les problématiques de la prohibition des opérations de banque réalisées sur le territoire français par des banques non agréées ou non titulaires d'un « passeport européen ». Ces problématiques ne sont pas à négliger, puisqu'elles vont avoir un impact direct sur la régularisation du contrat de prêt établi par une banque étrangère et la possibilité pratique d'envisager cette régularisation sur le territoire français.

En parallèle, de nombreux États ont souhaité encadrer les modalités d'accès au crédit immobilier par les consommateurs, principalement dans le cadre des acquisitions de biens ayant vocation à constituer l'habitation principale de l'emprunteur, le législateur présupposant sa vulnérabilité et son manque d'habitude pour ce type d'opération. Est-il besoin de rappeler que l'un des ferments de la crise de 2008 est l'octroi de prêts hypothécaires risqués auprès d'un public vulnérable et mal informé ou conseillé ?

La France est l'un des précurseurs de la mise en place d'un corps de règles protectrices à destination des emprunteurs consommateurs immobiliers communément appelé par les praticiens « loi Scrivener » (233). Cette approche n'est pas exclusive du droit français, et, à

(233) Initialement C. consom., art. L. 312-1 et s., et, par suite de la transposition de la directive « Crédit hypothécaire » 2014/17/UE du 4 février 2014 par l'ordonnance nº 2016-351 du 25 mars 2016, C. consom., art. L. 313-1.

titre d'exemple, d'autres pays européens avaient adopté un *corpus* de règles d'ordre public protectrices du consommateur européen.

Le droit anglais distingue ainsi les prêts hypothécaires *regulated* des prêts hypothécaires *non regulated*. De même, le droit italien prévoit un formalisme et des règles particulières pour la formation du contrat de prêt immobilier à destination d'un consommateur.

Section II Détermination des enjeux. Présentation du dispositif français de protection de l'emprunteur immobilier

4202 Tel qu'issues de l'ordonnance n° 2016-351 du 25 mars 2016, les dispositions d'ordre public du Code de la consommation en matière de crédit immobilier sont codifiées aux articles L. 313-1 et suivants du Code de la consommation. Le respect de ces dispositions d'ordre public est important au regard de la sanction liée à la méconnaissance de ces règles. Ainsi, un manquement du prêteur sera sanctionné par la déchéance du droit à l'intérêt conventionné, en partie voire en totalité selon l'appréciation du juge. Le manquement délibéré du prêteur peut également faire l'objet de sanctions pénales pouvant aller jusqu'à 150 000,00 € d'amende (234) et une interdiction d'exercer pouvant aller jusqu'à cinq ans (235).

Ces dispositions déterminent un champ d'application **(§ I)** et une réglementation particulière du contrat de prêt **(§ II)**.

§ I Champ d'application

4203 L'application des dispositions d'ordre public du Code de la consommation va être liée à la personne du prêteur **(A)**, à la personne de l'emprunteur **(B)**, à la nature du prêt et du bien financé **(C)**.

A/ Prêteur nécessairement professionnel

4204 Le prêteur au sens du Code de la consommation s'entend nécessairement de la personne qui consent ou s'engage à consentir un crédit dans le cadre de ses activités commerciales ou professionnelles (236). Ce type d'activité étant par ailleurs soumis au monopole, le prêteur habituel sera généralement une banque disposant de l'agrément de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR).

B/ Personne de l'emprunteur. Définition du « consommateur immobilier »

4205 L'emprunteur consommateur, en accord avec la définition également retenue par le règlement Rome I en son article 6 (237), est nécessairement une personne physique agissant dans le cadre d'une opération de crédit « réalisée ou envisagée dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle ; ».

(234) C. consom., art. L. 341-37.
(235) C. consom., art. L. 341-44.
(236) C. consom., art. L. 311-1.
(237) « Sans préjudice des articles 5 et 7, un contrat conclu par une personne physique (ci-après "le consommateur"), pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, (...) »

– Cas des sociétés civiles immobilières. – La question, en droit interne, de l'application aux prêts consentis à des sociétés civiles immobilières des dispositions du Code de la consommation s'est posée tant au visa des textes dans leur ancienne rédaction (238) qu'au vu de la nouvelle formulation retenue par l'article L. 313-1 du Code de la consommation, savoir :

« Les dispositions du présent chapitre s'appliquent :

1° Aux contrats de crédit, définis au 6° de l'article L. 311-1, destinés à financer les opérations suivantes :

a) Pour les immeubles à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation :
- leur acquisition en propriété ou la souscription ou l'achat de parts ou actions de sociétés donnant vocation à leur attribution en propriété, y compris lorsque ces opérations visent également à permettre la réalisation de travaux de réparation, d'amélioration ou d'entretien de l'immeuble ainsi acquis ;
- leur acquisition en jouissance ou la souscription ou l'achat de parts ou actions de sociétés donnant vocation à leur attribution en jouissance, y compris lorsque ces opérations visent également à permettre la réalisation de travaux de réparation, d'amélioration ou d'entretien de l'immeuble ainsi acquis ;
- les dépenses relatives à leur construction ;

(...)

3° Aux contrats de crédit mentionnés au 1°, qui sont souscrits par les personnes morales de droit privé, lorsque le crédit accordé n'est pas destiné à financer une activité professionnelle, notamment celle des personnes morales qui, à titre habituel, même accessoire à une autre activité, ou en vertu de leur objet social, procurent, sous quelque forme que ce soit, des immeubles ou fractions d'immeubles, bâtis ou non, achevés ou non, collectifs ou individuels, en propriété ou en jouissance ».

Au visa de l'ancien texte, la jurisprudence a eu l'occasion de confirmer que les dispositions protectrices n'avaient pas vocation à s'appliquer aux sociétés civiles immobilières (239).

Bien que peu heureuse, la formulation du 3° doit également conduire à exclure du champ d'application de l'article L. 313-1 les prêts consentis aux sociétés civiles immobilières.

Tout au plus, et si nous souhaitions adopter une approche prudente, il conviendrait de traiter les sociétés civiles immobilières dont il résulte de la lecture de l'objet social un caractère incontestablement familial, lié à la détention pour la seule jouissance des associés du bien immobilier détenu par la société, comme des intervenants non professionnels. En pratique, dans la très grande majorité, le libellé de l'objet social ne permettra pas de retenir ce caractère familial.

(238) C. consom., art. L. 312-1 et s. avant le 1er juillet 2016.

(239) Cass. 1re civ., 18 janv. 2005, n° 03-16.603 : « Attendu qu'après avoir exactement retenu que revêt un caractère professionnel l'activité d'une personne morale dont l'objet social est de procurer sous quelque forme que ce soit des immeubles en propriété ou en jouissance, peu important le nombre d'immeubles sur lesquels s'exerce cette activité, la cour d'appel, constatant que la SCI avait pour objet social l'acquisition, la construction, la mise en valeur, la gestion, l'administration de tous biens immobiliers, et que le prêt litigieux avait été souscrit par celle-ci en vue de l'acquisition d'un immeuble et de la construction d'un bâtiment, en a déduit, à bon droit, qu'au regard d'un tel objet social et de la destination de ce prêt, celui-ci n'entrait pas dans le champ d'application des dispositions du Code de la consommation régissant le crédit immobilier ». – Cass. 1re civ., 10 févr. 1993 : « Mais attendu qu'aux termes de cet article [note : art. 2 de la loi du 13 juillet 1979], constitue une activité professionnelle celle d'une personne morale qui, en vertu de son objet social, procure sous quelque forme que ce soit, des immeubles en propriété ou en jouissance, le nombre des immeubles sur lesquels s'exerce cette activité étant indifférent ; qu'en énonçant que la SCI Renoir, avait pour objet social, la mise en location meublée ou non meublée, d'un appartement, la cour d'appel a justifié sa décision ; ».

À noter également, que dans un contexte de prêt transfrontalier consenti à une société, il ne sera pas fait application de l'article 6 du règlement Rome I, compte tenu du fait qu'au regard de la définition du consommateur par ledit règlement, la société ne peut se prévaloir de la qualité de consommateur.

C/ Nature du prêt et de l'opération financée

4206 **– Opération financée. –** Les dispositions d'ordre public ont vocation à s'appliquer aux prêts dont l'objet est l'acquisition, directement ou par le jeu de sociétés d'attribution, d'un bien à usage d'habitation ou mixte. Elles s'appliquent également au titre des prêts finançant les dépenses de construction, les travaux de réparation, amélioration ou entretien d'un tel immeuble.

Les prêts à la consommation (240) assortis de garanties réelles et dont l'objet est le financement de travaux de réparation, amélioration ou entretien, de même que l'acquisition de terrain à bâtir en vue d'y édifier une construction à usage d'habitation ou mixte sont également visés.

§ II Réglementations découlant de l'application du statut

4207 Parmi les nombreuses obligations pesant sur le prêteur du fait de l'application du statut, celle posant le plus de difficulté aux prêteurs étrangers est l'obligation de transmission d'une offre de prêt **(A)**. Pour la suite de notre développement, il nous apparaît également utile de détailler le mécanisme de plafonnement de l'indemnité due par l'emprunteur en cas de remboursement anticipé **(B)**.

A/ L'offre obligatoire de prêt

4208 Le prêteur doit nécessairement fournir à l'emprunteur une offre de prêt sur support papier ou tout autre support durable (241). Cette offre est nécessairement accompagnée de la FISE (242), qui est l'une des principales conséquences de la transposition de la directive crédit hypothécaire dont il sera parlé dans un développement ultérieur.

– Informations obligatoires. – Outre les informations devant nécessairement figurer dans la FISE, l'offre de prêt doit obligatoirement comporter les informations suivantes :

- l'identité des parties ;
- la nature, l'objet, les modalités du prêt, notamment celles qui sont relatives aux dates et conditions de mise à disposition des fonds ;
- dans le cas d'un taux fixe, un échéancier des amortissements détaillant pour chaque échéance la répartition du remboursement entre le capital et les intérêts ;
- dans le cas d'un taux variable, une notice présentant les conditions et modalités de variation du taux d'intérêt et un document d'information contenant une simulation de l'impact d'une variation de ce taux sur les mensualités, la durée du prêt et le coût total du crédit. Ce document d'information doit mentionner le caractère indicatif de la simulation et l'absence de responsabilité du prêteur quant à l'évolution effective des taux d'intérêt pendant le prêt et à son impact sur les mensualités, la durée du prêt et le coût total du crédit ;

(240) C. consom., art. L. 312-1 – Les prêts ici visés sont ceux d'un montant supérieur à 200 € et inférieur à 75 000,00 €.
(241) Rappelons qu'un support durable est nécessairement matériel. S'il est admissible de prévoir la remise sur CD-ROM ou clé USB, le simple envoi d'un e-mail, même suivi, ne répond pas à cet impératif de support durable.
(242) Fiche d'information standardisée européenne prévue à l'article L. 317- 7 du Code de la consommation.

- le montant du crédit susceptible d'être consenti, et son taux défini conformément aux articles L. 314-1 à L. 314-4 du Code de la consommation ainsi que, s'il y a lieu, les modalités de l'indexation ;
- énonciation en donnant une évaluation de leur coût, des stipulations, des assurances et des sûretés réelles ou personnelles exigées, qui conditionnaient la conclusion du prêt ;
- conditions requises pour un transfert éventuel du prêt à une tierce personne ;
- rappel des dispositions de l'article L. 313-34 du Code de la consommation (243).

– Cas des prêts dans une devise autre que l'euro. – Le Code de la consommation restreint l'octroi de prêt en devise, ou tout du moins les prêts en devise pour lesquels le risque de change est supporté par l'emprunteur (244), à des emprunteurs percevant *a minima* la moitié de leurs revenus dans la devise du prêt, ou à des emprunteurs détenant un patrimoine dans cette même devise égal à au moins 20 % du prêt.

– Délais d'acceptation. – L'envoi de l'offre oblige le prêteur à la maintenir pendant une durée minimale de trente jours. Il est par ailleurs bien connu de notre pratique notariale que l'acceptation de cette offre par l'emprunteur consommateur ne peut intervenir qu'après l'écoulement d'un délai de dix jours pleins suivant la date de réception ou de remise.

B/ L'indemnité perçue par la banque en cas de remboursement anticipé (C. consom., art. R. 313-25)

4209 L'emprunteur disposera toujours de la possibilité de rembourser son crédit à titre anticipé, le Code de la consommation laissant la possibilité à la banque d'encadrer le montant minimal devant être remboursé. En pratique, l'ensemble des établissements bancaires ont retenu la limite maximum permise par la loi, soit 10 % du montant initial du prêt.

Le montant de l'indemnité de remboursement anticipé due par l'emprunteur est lui aussi encadré 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.

Le modèle économique des banques françaises, sur un marché où les consommateurs sont traditionnellement enclins à emprunter à taux fixes plutôt qu'à taux variables (245), tient compte depuis longtemps de cette contrainte réglementaire, dont le coût est maîtrisé et intégré dans les calculs des banques. À l'inverse, de nombreux prêteurs étrangers ne connaissent pas cette limite, et, en conséquence, ne l'ont pas intégré dans leur pratique (246). Il s'ensuit que l'application de cette règle à un prêteur étranger n'en ayant pas anticipé l'existence peut être problématique.

(243) Ci-après reproduites : « L'envoi de l'offre oblige le prêteur à maintenir les conditions qu'elle indique pendant une durée minimale de trente jours à compter de sa réception par l'emprunteur.
L'offre est soumise à l'acceptation de l'emprunteur et des cautions, personnes physiques, déclarées. L'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre que dix jours après qu'ils l'ont reçue. L'acceptation est donnée par lettre, le cachet de l'opérateur postal faisant foi, ou selon tout autre moyen convenu entre les parties de nature à rendre certaine la date de l'acceptation par l'emprunteur ».

(244) La banque dispose de la possibilité de supporter elle-même le risque de change, ou l'emprunteur peut également prévoir de couvrir ce risque au moyen d'une assurance.

(245) Plus de neuf prêts immobiliers sur dix sont souscrits à taux fixe.

(246) *À titre d'exemple, la pratique de la place de Luxembourg en la matière est de prévoir le paiement d'une indemnité correspondant à la somme des intérêts qui aurait dû être perçus par la banque jusqu'à l'échéance de la période de calcul d'intérêts en cours du prêt au jour du remboursement anticipé, de laquelle somme est déduite la somme des intérêts résultant du replacement du solde restant dû, à la date du remboursement, pour la durée restante du prêt au taux du marché pour une somme et une durée correspondante*. L'objectif est ici d'indemniser la banque pour le manque à gagner lié à la non-perception de l'intérêt conventionnel jusqu'à la date d'échéance finale du prêt.

Section III Détermination des enjeux. Présentation du dispositif français de prohibition des prêts usuraires

§ 1 État de la réglementation française

L'article L. 341-50 du Code de la consommation pénalise le délit d'usure d'une peine de deux ans d'emprisonnement et de 300 000,00 € d'amende. La notion de prêt usuraire est quant à elle définie par l'article L. 314-6 du même code. **4210**

Les taux maximums admissibles font l'objet d'une publication mise à jour trimestriellement par la Banque de France, et distinguent différentes séries classées selon l'objet du prêt (trésorerie ou financement immobilier) et la personne de l'emprunteur (personnes morales non professionnelles, personnes physiques, personnes physiques professionnelles).

Il est rappelé que la loi du 1er août 2003 pour l'initiative économique a considérablement restreint le champ de la réglementation sur l'usure, auparavant à portée universelle et ayant ainsi vocation à régir les prêts professionnels, pour la limiter à un objectif de protection d'une certaine catégorie d'emprunteurs, considérés comme plus fragiles. La liste des opérations potentiellement concernées par la réglementation sur l'usure était alors fixée par un arrêté du 24 août 2006. Les catégories en vigueur jusqu'au 1er octobre 2016 (date d'entrée en vigueur de l'ordonnance no 2016-351 du 25 mars 2016) ne comprenaient pas de paragraphe sur les personnes morales agissant dans le cadre d'une activité professionnelle non commerciale.

En suite de l'ordonnance du 25 mars 2016, la modification du Code de la consommation a notamment abouti à la rédaction actuelle de l'article L. 313-1 qui précise dans son troisième alinéa que le formalisme relatif à la protection de l'emprunteur immobilier s'applique aux contrats de crédit finançant l'acquisition ou les travaux portant sur un immeuble à usage d'habitation ou mixte souscrit par des personnes morales de droit privé, à la condition que le crédit ne finance pas une activité professionnelle. Le texte ajoute que cette activité professionnelle s'entend notamment de celle des personnes morales qui, à titre habituel, même accessoire à une autre activité, ou en vertu de leur objet social, procurent sous quelque forme que ce soit des immeubles ou fractions d'immeubles, bâtis ou non, achevés ou non, collectifs ou individuels, en propriété ou en jouissance.

La rédaction actuelle de l'arrêté du 24 août 2006 précité, en vigueur depuis le 1er janvier 2017, prévoit notamment au titre des différentes séries relatives aux taux maximums admis une catégorie d'ensemble intitulée :

« 1o Pour les contrats de crédits consentis à des consommateurs,

– destinés à financer les opérations entrant dans le champ d'application du 1o 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, ».

Et une autre catégorie d'ensemble intitulée :

« 4o Pour les prêts aux personnes morales n'ayant pas d'activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou professionnelle non commerciale ».

§ II Enjeux pour les prêteurs étrangers. Existence de lois pénalisant l'usure dans les droits étrangers

4211 S'il est fréquent, en droit comparé, de rencontrer des dispositifs pénalisant l'usure, ou, *a minima*, la sanctionnant civilement (247), cette notion est par exemple inconnue du droit anglais.

La problématique liée à l'application des règles françaises relatives aux prêts usuraires peut donc être particulièrement délicate dans le cas d'un prêt transfrontalier.

Section IV Harmonisation de la protection de l'emprunteur. La directive « Crédit hypothécaire » du 4 février 2014

4212 Par une directive 2014/17/UE du 4 février 2014, le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne ont entendu fixer un cadre commun aux contrats de prêt immobilier consentis à des consommateurs, notamment ceux garantis par une hypothèque.

§ I Objectifs de la directive

4213 Les objectifs de cette directive étaient notamment :
- d'assurer un niveau de transparence du marché des crédits hypothécaires consentis aux particuliers afin d'améliorer l'information du consommateur, et de lui permettre une meilleure comparaison des différentes offres de crédit fournies tant par les établissements de son pays de résidence que par des banques agissant au titre de la libre prestation de services ;
- d'instaurer une évaluation de la solvabilité des emprunteurs.

L'ensemble de ces objectifs visait notamment à faire obstacle aux causes désormais bien identifiées de la crise des *subprimes* de 2007 aux États-Unis, savoir notamment :
- absence d'information de l'emprunteur quant aux modalités d'évolution du taux variable (248) ;
- absence de détermination du montant du prêt en regard de la capacité de remboursement de l'emprunteur, seule la valeur vénale au jour de la souscription du prêt était prise en compte ;
- absence de responsabilisation des intermédiaires de crédit ;
- manque de transparence au titre des frais additionnels renchérissant le crédit.

Cette directive a été transposée en France par l'ordonnance n° 2016-351 du 25 mars 2016, dont est issue la rédaction du Code de la consommation dont il a été question dans notre précédent développement. Force a été de constater que, même si le Code de la consommation a été remanié en suite de la transposition de la directive, les dispositions très protec-

(247) Article 357 du Code pénal monégasque proche de la conception française – article 1907-1 du Code civil luxembourgeois et article 157 du Code pénal suisse retenant pour caractériser l'usure une conception plus subjective liée respectivement au fait d'abuser sciemment « de la gêne, de la légèreté ou de l'inexpérience de l'emprunteur », ou à la « gêne, la dépendance, l'inexpérience ou la faiblesse de la capacité de jugement d'une personne ».

(248) Une problématique similaire en France a été celle des emprunts dont le taux variable était déterminé en fonction du taux de change EUR/CHF. Cette problématique a également été traitée par la directive au chapitre 9, article 23 consacré aux prêts en monnaie étrangère.

trices de la loi Scrivener ont finalement été conservées, démontrant ainsi le caractère précurseur du droit français dans son appréhension de la nécessaire protection du consommateur emprunteur immobilier.

§ II Harmonisation et non uniformisation

4214 Il est utile de rappeler que, s'agissant d'une directive, l'objet était l'harmonisation des différentes législations des pays membres, et non une uniformisation qui aurait nécessité l'adoption d'un règlement, contraignant en lui-même et ne dépendant pas d'une transposition en droit interne.

Il en résulte que l'adoption par les parties d'un droit applicable au contrat étant celui d'un État ayant transposé la directive n'est pas en soi suffisante, notamment au regard du respect des règles protectrices du consommateur emprunteur immobilier.

L'existence de la directive n'est au final que de peu de secours pour le praticien, et ne le dispense pas de faire application des règles de droit international privé. Nous nous proposons, pour la suite de notre développement, d'examiner chacun des enjeux résultant des problématiques de formation du prêt.

Section V Application de l'article 6 du règlement Rome I à certaines dispositions protectrices de l'emprunteur consommateur immobilier

§ I Rappel du principe de liberté des parties dans la détermination de la loi applicable au contrat

4215 Les termes de l'article 3 du règlement précisent explicitement que « le contrat est régi par la loi choisie par les parties ». Ce choix peut être exprès ou résulter des circonstances du contrat. En matière de prêts transfrontalier, il est rarissime que les parties n'aient pas expressément désigné la loi applicable, et il y a fort à parier que, dans l'hypothèse où ce choix n'aurait pas été formulé, les circonstances liées à la formation du contrat et son contenu permettront aisément de rattacher le contrat à une loi nationale (249).

Il serait alors fait application de l'article 4.1, *b)* du règlement, ou, à titre subsidiaire, à l'article 4.2, ce qui aboutira dans l'un ou l'autre des cas à l'application de la loi de la résidence habituelle du prêteur (250).

§ II Principe tempéré par les impératifs de protection du consommateur

4216 L'article 6 du règlement traite spécifiquement des contrats de consommation, définis comme un « contrat conclu par une personne physique (ci-après "le consommateur"), pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne (ci-après "le professionnel"), agissant dans l'exercice de son activité profes-

(249) Pour de plus amples développements, V. W. Sanbar et H. Bouchtemble, *Droit des opérations bancaires et financières transfrontalières*, RB Éditions, 2013.

(250) Une difficulté potentielle aurait pu résulter de la situation où un prêteur dirige son activité vers un pays donné au moyen d'une succursale et non d'une société ayant son siège dans ce pays. Il serait alors fait application de l'alinéa 2 aboutissant à retenir la loi du lieu d'implantation de la succursale au sens de l'article 19.2 du règlement.

sionnelle, est régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle, à condition que le professionnel :

a) exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, ou

b) par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci, et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité. »

Un financement transfrontalier consenti par une banque étrangère au profit d'une personne physique peut potentiellement voir le choix de la loi applicable voulue par les parties remis en cause par les dispositions du règlement. Et cela d'autant plus que le règlement a vocation universelle et peut donc aboutir à la prise en compte d'une loi protectrice du consommateur émanant d'un État non membre de l'Union européenne.

A/ Conditions pour l'application impérative de la loi nationale du lieu de résidence habituelle du consommateur

4217 **– Emprunteur personne physique. –** La définition du consommateur retenue par le législateur européen exclut donc les sociétés (251). Sont également exclus les prêts professionnels consentis à ces personnes physiques.

– Prêteur professionnel. – Ce point n'est en général pas sujet à discussion. Il est aisé de démontrer, s'agissant d'une banque, l'exercice habituel de la profession, soit par l'enregistrement auprès de l'autorité de contrôle française, soit par l'enregistrement auprès de l'autorité prudentielle du pays d'origine de la banque agissant sur le marché français au titre de la libre prestation de services.

– Exercice de l'activité du prêteur dans le pays de résidence habituelle du consommateur. – Rappelons que la notion de résidence habituelle du consommateur est traditionnellement une notion de fait appréciée par le juge liée à la présence matérielle d'un individu sur un territoire donné et sur une certaine durée.

– Ou direction de l'activité du prêteur vers le pays de résidence habituelle du consommateur. – Cette notion permet de faire la distinction entre :
- un consommateur actif, ayant par lui-même sollicité une banque étrangère appliquant à ce titre son droit national, et perdant légitimement à ce titre la protection conférée par son droit national. Il sera alors fait application de l'article 6.3 du règlement renvoyant aux principes vus ci-dessus au *a)* ;
- un consommateur passif, objet du démarchage et de la politique commerciale de la banque, et pour lequel le législateur européen a préféré maintenir le sentiment de confiance en appliquant sa loi nationale.

Sur l'exercice de l'activité, ou son palliatif que constitue le critère de la direction des activités vers le pays de résidence du consommateur, l'enregistrement du prêteur auprès de l'autorité prudentielle du pays de résidence habituelle de l'emprunteur permettra à coup sûr de considérer cette condition comme remplie.

Rappelons à ce titre que l'ACPR a compétence pour agréer les établissements de crédit monégasques, ceux-ci devant préalablement avoir recueilli l'assentiment du gouvernement prin-

(251) À noter que, par rapport à la notion de consommateur résultant de l'article 15.1 du règlement (CE) nº 44/2001 du 22 décembre 2000 et concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, la notion est ici plus restrictive puisque se limitant expressément aux seules personnes physiques.

cier (252). *De facto*, une banque monégasque est donc considérée, notamment au regard de la législation relative au monopole bancaire, comme étant en mesure d'effectuer des opérations bancaires sur le territoire français. Il en résulte, à nos yeux, qu'une banque monégasque, au regard de l'examen des critères de mise en œuvre de l'article 6 du règlement, doit nécessairement être considérée comme dirigeant son activité vers le territoire français.

B/ Alternative pour le prêteur : respect des dispositions protectrices résultant de l'application de la loi nationale du lieu de résidence habituelle du consommateur en cumul avec la loi du prêt

4218 L'article 6.2 du règlement permet néanmoins à la banque, et alors même que l'application de l'article 6.1 devrait aboutir à l'application pure et simple de la loi du consommateur, de continuer à retenir une autre loi que celle du lieu de résidence du consommateur.

Les conditions du prêt devront cependant respecter les dispositions protectrices prévues par la loi du lieu de résidence habituelle du consommateur. Ces dispositions visent l'ensemble des dispositions d'ordre public dont la finalité est la protection du consommateur. Ce consommateur se retrouvera ainsi dans une situation où il bénéficiera du même niveau de protection que celui des emprunteurs dont le prêt serait soumis au droit interne, sans éléments d'extranéité.

§ III Applications pratiques

A/ Édition et transmission de l'offre de prêt prévue à l'article L. 313-24 du Code de la consommation

4219 Ce dispositif est indéniablement visé par l'article 6 puisque constituant, par essence, une mesure de protection et d'information du consommateur emprunteur immobilier, et considérée à ce titre en droit interne comme une disposition d'ordre public. Confronté à un emprunteur personne physique agissant pour ses seuls besoins particuliers, le prêteur exerçant sur le territoire français ou y dirigeant son activité n'aura donc d'autres choix que :

- de faire application pure et simple du droit français. Le risque est alors ici pour un prêteur étranger d'établir une documentation de prêt en tous points conforme au droit français, et dont l'interprétation sera soumise à celui-ci. Cette solution peut présenter l'apparence de la simplicité, mais elle doit à notre avis être réservée à des prêteurs disposant en interne d'une expertise en droit français du crédit immobilier adressé aux particuliers ;
- ou de conserver l'application de son droit national, en veillant à ce que le formalisme protecteur prévu par les articles L. 313-1 et suivants du Code de la consommation français soit respecté. Le prêteur aura ainsi à modifier les conditions de ces prêts, potentiellement dans un sens plus favorable à l'emprunteur.

B/ Plafonnement de l'indemnité de remboursement anticipé prévue à l'article R. 313-25 du Code de la consommation

4220 L'article R. 313-25 du Code de la consommation a pour effet, en matière de prêt immobilier consenti au profit d'un consommateur, de plafonner le montant de l'indemnité due en cas de remboursement anticipé du prêt. En droit interne, il est fréquent dans la pratique professionnelle notariale d'être confronté, en matière de prêt professionnel ne comportant

(252) Le tout ainsi qu'il résulte de l'échange de lettres publié par le décret nº 2010-1599 du 22 décembre 2010, art. 2 et 3.

pas, par définition, ce type de limites, à l'incompréhension de l'emprunteur devant le montant réclamé par la banque au titre de l'indemnité de remboursement anticipé. En soi, ce type de réaction confirme que ce dispositif constitue bien une mesure de protection et d'information du consommateur emprunteur immobilier.

En application de l'article 6 du règlement, un consommateur emprunteur aurait donc la faculté, dans le cadre d'une procédure initiée en France, de demander l'application de cette disposition d'ordre public.

La question resterait cependant ouverte concernant la prise en compte de cette limite par le juge étranger, notamment situé dans un État ne faisant pas application du règlement.

Section VI Application de l'article 9 du règlement Rome I à certaines dispositions protectrices de l'emprunteur consommateur immobilier

§ I La notion de loi de police

A/ Définition

4221 Les lois de police étaient initialement définies dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 du règlement comme des « dispositions qui devront régir impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat ». Le règlement Rome I a précisé cette notion en son article 9 (253).

Elles doivent donc être distinguées des simples règles de droit interne ayant un caractère d'ordre public. Hiérarchiquement, s'il est en effet certain que toutes les dispositions ayant valeur de loi de police sont par ailleurs, en droit interne des dispositions d'ordre public, toutes les dispositions d'ordre public ne constituent pas nécessairement des lois de police.

L'existence de sanctions pénales, en plus de la simple sanction civile consistant à considérer comme non écrites les stipulations contrevenantes est un indice indéniable.

La recherche du caractère sacré de la règle, dont la transgression était un quasi-tabou juridique dans l'ordre interne, a par ailleurs longtemps été un critère pertinent. Force est cependant de constater que le juge est de moins en moins enclin, dans un contexte d'internationalisation des échanges et des situations juridiques, à ériger des dispositions de droit interne en loi de police, ou à soulever l'incompatibilité de l'application de la loi étrangère avec l'ordre public international (254).

(253) « 1. Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels 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 règlement.
2. Les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi.
3. Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application ».

(254) V. not. les décisions abondamment commentées en matière de réserve héréditaire : Cass. 1re civ., 27 sept. 2017, nº 16-13.151 : *JurisData* nº 2017-018698. – Cass. 1re civ., 27 sept. 2017, nº 16-17.198 : *JurisData* nº 2017-018703.

B/ Application. Recherche d'un lien avec la situation juridique

4222 La singularité de la notion de loi de police réside dans l'absence de nécessité, pour en retenir l'application, d'être désignée comme loi applicable. Un simple lien avec la situation juridique, pour laquelle une autre loi applicable aura été déterminée, est suffisant pour que le juge assure la sanction de cette loi de police.

§ II Réglementation relative à l'usure et loi de police

4223 Comme l'ensemble des pays latins de tradition et culture catholique, le droit français a toujours sanctionné l'usure, celle-ci s'entendant même pendant longtemps du simple prêt à intérêt.

La jurisprudence a eu plusieurs fois l'occasion de confirmer que la loi prohibant l'usure a bien le caractère de loi de police (255). Doit-on donc à ce titre l'appliquer à l'ensemble des prêts garantis au moyen de sûretés réelles immobilières assises sur des biens situés en France ?

A/ Lien avec la situation juridique

4224 Il convient de rappeler que l'application par le juge français des dispositions relatives à l'usure au titre d'une loi de police ne s'effectuera que dans la mesure où la situation juridique lui étant soumise présente suffisamment de liens avec l'ordre juridique français. Ainsi, et le cas peut fréquemment s'illustrer en pratique, la seule constatation d'une affectation hypothécaire en garantie d'un prêt de droit étranger, exécuté à l'étranger (256), entre prêteur et emprunteur non localisés sur le territoire français, ne présente pas de critères de rattachement suffisants pour permettre d'appliquer la réglementation française sur l'usure. Tel ne serait en revanche pas le cas si le prêteur, soucieux d'obtenir une copie exécutoire et d'initier une procédure sur le territoire français, avait également souhaité que le notaire, en plus de la simple affectation hypothécaire, établisse au titre du prêt une reconnaissance de dette.

B/ Évolution de la législation interne et impact sur la qualification de loi de police

4225 Initialement de portée universelle, et présentant, au titre de la lutte contre l'inflation, une utilité pour l'État dans sa stratégie économique, la législation relative s'assimile désormais plus à une législation consumériste, soucieuse de la protection de certains emprunteurs vulnérables. La réforme du 1er août 2003 a ainsi remis en cause le schéma initial.

Il nous semble ainsi tout à fait possible que, dans un futur proche, le juge français veille simplement à s'assurer que la finalité protectrice de la réglementation sur l'usure soit respectée, et, consécutivement, d'en assurer le simple contrôle au visa des dispositions de

(255) Cass. crim., 28 nov. 1996, n° 5184, considérant que la formation du contrat sur le territoire français permet de localiser la commission de l'infraction en France et de la sanctionner. – CA Pau, 1er mars 2001, selon le juge, la législation sur l'usure doit être considérée comme une loi de police dont l'application par le juge français saisi est obligatoire, même si le contrat est soumis à une loi étrangère.
L'ensemble des commentateurs s'accordent également sur cette position : M. Revillard, *Droit international privé et européen : Pratique notariale*, Defrénois, 2018, n° 1234-1236. – W. Sanbar et H. Bouchtemble, *Droit des opérations bancaires et financières transfrontalières*, *op. cit.*, n° 344.

(256) Notamment au titre du versement des fonds, du paiement des intérêts, ou du remboursement du capital.

l'article 6 du règlement et non au titre d'une loi de police. Cette évolution était envisagée, dès la réforme des dispositions relatives à l'usure, par une partie de la doctrine (257).

C/ Réglementation sur l'usure et nécessité d'indiquer le taux effectif global du prêt

4226 L'article L. 314-5 du Code de la consommation impose la mention du taux effectif global (TEG) dans la documentation du prêt. La finalité de cette disposition est notamment de permettre la vérification du respect des dispositions prohibant les prêts à taux usuraire (258). Cette mention s'imposera dès lors qu'une obligation, allant au-delà de la simple mise en place de la garantie réelle, sera constatée dans l'acte notarié, au profit du consommateur emprunteur immobilier.

Signalons également un arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence (259), statuant en matière de prêt consenti à une société française, soumis au droit danois, écartant l'application de l'article 7 de la convention de Rome (relatif aux lois de police) pour la mention du TEG dans les actes de prêt.

CHAPITRE III Les clauses attributives de juridiction

4227 Il est fréquent que les établissements bancaires proposent des clauses attributives de juridiction dans leurs conditions générales. Ces clauses ne reçoivent pas toujours l'attention qu'elles méritent dans la mesure où, d'une part, elles ne sont le plus souvent pas mises en œuvre, et d'autre part, lorsqu'elles le sont, c'est d'une manière différée : les parties ne pensent pas toujours à se projeter dans l'hypothèse de leur application.

Pourtant, il est essentiel pour une meilleure sécurité des parties de maîtriser au mieux la prévisibilité, et donc l'identification de la juridiction qui pourrait avoir à interpréter et statuer sur l'exécution du prêt.

L'identification du juge compétent peut s'avérer décisive en cas de litige dans un contexte international, tant la détermination du *for* peut avoir d'impact sur la loi applicable et donc l'issue du litige.

Loin de la clause de style, la clause attributive de juridiction, aussi appelée clause « d'élection de *for* » est un enjeu majeur du contrat, sur lequel le notaire se doit d'attirer l'attention des parties.

Or, la désignation d'une juridiction compétente est soumise à un corps de règles qu'il faut bien connaître **(Section I)**, ce qui permettra de distinguer selon que l'on envisage la compétence de la juridiction d'un État membre soit de l'Union européenne, soit de la convention de Lugano **(Section II)**, ou d'un État tiers **(Section III)**.

(257) J. Stoufflet, *Incidences internationales de la réforme de l'usure par la loi du 1er août 2003 : RD bancaire et fin.* mars 2004, nº 2, 101, ou A. Bordenave et B. Fournier, *La mention du TEG dans les prêts professionnels sous l'empire de Rome I : RD bancaire et fin.* mars 2018, nº 2, étude 7.

(258) M. Revillard, *Droit international privé et européen : Pratique notariale*, *op. cit.*, nº 1236.

(259) CA Aix-en-Provence, 8e ch., 5 mai 2011, nº 09/21169 : *Dr. et patrimoine* mars 2012, nº 212, p. 87, J.-P. Mattout et A. Primm.

Section I Les sources applicables

Trois cas de figure sont envisageables, selon que la clause attributive de juridiction relève du droit de l'Union européenne **(Sous-section I)**, de la convention de Lugano **(Sous-section II)** ou de la jurisprudence **(Sous-section III)**. **4228**

Sous-section I Le règlement (UE) nº 1215/2012 du 12 décembre 2012

La matière est régie en premier lieu par le règlement (UE) nº 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. C'est le règlement dit « Bruxelles I *bis* » qui est entré en vigueur le 10 janvier 2015 (260), à l'exception de ses articles 75 et 76 qui étaient entrés en vigueur dès le 10 janvier 2014 (261). **4229**

On peut noter que ce règlement fait suite à la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (entrée en vigueur le 1er février 1973) concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, telle qu'adaptée par les conventions d'adhésion lors des élargissements successifs de l'Union européenne. Cette convention fut elle-même remplacée par le règlement (CE) nº 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, que l'on appelait le règlement « Bruxelles I » entré en vigueur le 1er mars 2002.

Comme déjà le règlement Bruxelles I, le règlement Bruxelles I *bis* se donne pour champ d'application, par son article 1, la matière civile et commerciale, ce qui comprend la matière bancaire.

Il est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans les États membres conformément aux traités.

Depuis l'entrée en application du règlement dit « Bruxelles I *bis* », toute procédure d'*exequatur* est supprimée.

Aux termes de son article 73.1, ce règlement n'affecte pas l'application de la Convention de Lugano de 2007 qui constitue également un corps de règles applicables en la matière.

Sous-section II La convention de Lugano

Le 30 octobre 2007 la Communauté européenne, le Danemark, l'Islande, la Norvège et la Suisse ont signé ensemble la Convention dite « de Lugano » relative à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. **4230**

Cette convention a remplacé, dès son entrée en vigueur, la précédente Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 16 septembre 1988 qui a étendu l'application des dispositions de la Convention de Bruxelles de 1968, ci-dessus visée, à certains États membres de l'Association européenne de libre-échange (AELE).

(260) Règl. (UE) nº 1215/2012, art. 81.
(261) Règl. (UE) nº 1215/2012, art. 66.

La convention de 2007 s'applique en matière civile et commerciale, ce qui comprend la matière bancaire, et ce quelle que soit la nature de la juridiction. Elle ne recouvre notamment pas les matières fiscales, douanières ou administratives. Sont exclus de l'application de la convention de Lugano :
- l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions ;
- les faillites, concordats et autres procédures analogues ;
- la sécurité sociale ;
- l'arbitrage.

Cette convention a pour objectif d'atteindre le même degré de circulation des décisions judiciaires entre les États membres de l'Union européenne, la Suisse, la Norvège et l'Islande.

La convention s'est alignée sur le cadre juridique de la Communauté, qu'était alors le règlement dit « Bruxelles I ». À cet effet, la convention et le règlement dit « Bruxelles I » suivent exactement la même trame jusqu'à leurs articles 61 inclus. Le règlement dit « Bruxelles I » compte soixante-seize articles et la convention soixante-dix-neuf articles. Les règles sont donc similaires dans l'Union européenne, en Suisse, en Norvège et en Islande. De plus, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des décisions rendues par leurs tribunaux nationaux sont désormais facilitées. Ainsi, la convention prévoit de manière générale que les personnes domiciliées sur le territoire d'un des États signataires seront attraites devant la juridiction de cet État, quelle que soit leur nationalité. Pour certaines matières, la convention précise toutefois des compétences spéciales. Par exemple en matière contractuelle, il s'agit du tribunal du lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée. De plus, des compétences spécifiques sont réglées en matière notamment de contrats conclus par les consommateurs. Pour les droits réels immobiliers et baux d'immeubles, ce sont les tribunaux de l'État signataire où l'immeuble se trouve qui ont la compétence exclusive d'en juger. Sont annexés à la convention plusieurs protocoles visant, entre autres, à assurer une interprétation uniforme.

La convention désigne par l'expression « État lié par la présente convention » tout État qui en est partie contractante ou tout État membre de l'Union européenne. Ce terme peut également désigner l'Union européenne elle-même. Les États liés par la convention sont les suivants : les États membres de l'Union européenne, le Danemark, les États membres de l'Association européenne de libre-échange (AELE) à l'exception du Liechtenstein. L'AELE, créée en 1960 comme union purement économique en réaction à la création d'une Communauté économique européenne (CEE) plus politique, a perdu en importance au fur et à mesure que ses membres rejoignaient l'Union européenne. L'AELE ne compte plus aujourd'hui que quatre États membres que sont l'Islande, le Liechtenstein, la Norvège et la Suisse. Les anciens pays membres de l'AELE sont les suivants : l'Autriche (de 1960 à 1995), le Danemark (de 1960 à 1973), la Finlande (de 1986 à 1995), le Portugal (de 1960 à 1986), le Royaume-Uni (de 1960 à 1973) et la Suède (de 1960 à 1995).

La convention est entrée en vigueur :
- entre l'Union européenne, le Danemark et la Norvège, le 1er janvier 2010 ;
- entre l'Union européenne et la Confédération suisse le 1er janvier 2011 ;
- entre l'Union européenne et l'Islande le 1er mai 2011.

4231 Une fois entrée en vigueur, les pays suivants peuvent également adhérer à la convention :
- les futurs membres de l'Association européenne de libre-échange (AELE) ;
- les États membres de l'Union européenne agissant pour le compte de certains territoires non européens faisant partie de leur territoire ou dont les relations extérieures relèvent de leur responsabilité ;
- tout autre État, sous réserve de l'accord unanime des parties contractantes.

Sous-section III Le droit commun issu de la jurisprudence française

En dehors du champ d'application du règlement Bruxelles I *bis* ou de la convention de Lugano, il demeure que le droit interne s'est également penché sur la licéité des clauses attributives de juridiction en matière internationale. **4232**

À l'opposé de la prohibition *a priori* – sauf le cas des conventions entre commerçants – des clauses dérogatoires à la compétence territoriale des juridictions (262) qui prévaut à l'intérieur des frontières, le principe en matière internationale est au contraire la licéité des clauses attributives de juridiction ou, pour parler comme la Cour de cassation, des clauses qui « prorogent la compétence internationale ». Ce principe fut en particulier affirmé par un arrêt du 17 décembre 1985 (263).

Il résulte de cette décision que les clauses prorogeant la compétence internationale sont en principe licites à la condition de respecter deux critères : il doit s'agir, d'une part, d'un litige international (la Cour vérifie ce point, ce qui implique que le caractère international doit être bien réel et non « monté » pour les besoins de la cause) et, d'autre part, la clause ne doit pas faire échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française ce qui, on le verra, définit le champ d'application de cette jurisprudence (V. *infra*, n° 4227).

Section II La clause au profit de la juridiction d'un État membre de l'Union européenne ou lié par la convention de Lugano

Le règlement Bruxelles I *bis*, comme la convention de Lugano, ne régissent que les clauses attributives de juridiction devant désigner les juridictions d'un État membre de l'Union européenne ou d'un État lié par la convention de Lugano. Les sections 4 du règlement et de la convention régissent la compétence en matière de contrat conclu avec une contrepartie qualifiée de consommateur **(§ I)**, les sections 7 du règlement et de la convention régissent la compétence en matière de contrat conclu avec une contrepartie autre, et donc notamment avec un professionnel **(§ II)**. **4233**

§ I Les prêts au profit d'une personne physique qualifiée de consommateur

Dans leurs sections 4 respectives, le règlement et la convention édictent des règles de compétence spéciales en matière de contrats conclus avec les consommateurs. Le règlement, dans son article 17, et la convention, dans son article 15, précisent la notion de *consommateur* **(A)**. Les articles 18 et 19 du règlement et 16 et 17 de la convention définissent alors strictement les juridictions compétentes **(B)**. **4234**

A/ Définition des contrats conclus par les consommateurs

– Le consommateur. – Il faut tout d'abord préciser que le consommateur doit être entendu comme étant une personne physique. **4235**

Le règlement comme la convention ne le précisent pas expressément au moyen des termes utilisés : « En matière de contrat conclu par une personne, le consommateur (...) ».

(262) CPC, art. 48.
(263) Cass. 1re civ., 17 déc. 1985 : *D.* 1986, inf. rap. 265, obs. Audit ; *Rev. crit. DIP* 1986, 537, note H. Gaudemet-Tallon.

Il convient cependant de faire le parallèle avec le règlement (CE) nº 593/2008 du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (règlement dit « Rome I ») qui, s'agissant des contrats de consommation, précise en son article 6.1 qu'il s'agit « d'un contrat conclu par une personne physique ». Dès lors, toute personne morale doit être exclue de la qualification de consommateur pour l'application du règlement comme de la convention (264).

De la même manière, ni le règlement ni la convention ne précisent la qualité du cocontractant du consommateur.

Le règlement dit « Rome I » précise en son article 6.1 qu'il s'agit d'une personne « agissant dans l'exercice de son activité professionnelle ».

L'article 17.1 du règlement et l'article 15.1 de la convention déterminent enfin deux conditions pour la qualification de contrat de consommation, l'une au regard de son objet et l'autre au regard de la nature du contrat conclu.

4236 La première condition concerne l'objet du contrat.

Le consommateur est défini comme une personne concluant un « contrat pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle ». Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, il résulte du libellé et de la fonction de cette disposition que celle-ci ne vise que le consommateur final privé, non engagé dans des activités commerciales ou professionnelles (265).

La Cour a ainsi pu préciser : « Afin d'établir la qualité de consommateur d'une personne, notion qu'il convient d'interpréter de manière restrictive, il y a lieu de se référer à la position de cette personne dans un contrat déterminé, en rapport avec la nature et la finalité de celui-ci, et non pas à la situation subjective de cette même personne. Une seule et même personne peut être considérée comme un consommateur dans le cadre de certaines opérations et un opérateur économique dans le cadre d'autres opérations. Par conséquent, seuls les contrats conclus aux fins de satisfaire aux propres besoins de consommation privée d'un individu relèvent des dispositions protectrices du consommateur en tant que partie réputée économiquement plus faible. La protection particulière voulue par ces dispositions ne se justifie pas en cas de contrats ayant comme but une activité professionnelle, fût-elle prévue pour l'avenir, étant donné que le caractère futur d'une activité n'enlève rien à sa nature professionnelle. Il est ainsi conforme tant à la lettre qu'à l'esprit ainsi qu'au but des dispositions considérées de conclure que le régime particulier de protection institué par elles vise uniquement les contrats conclus en dehors et indépendamment de toute activité ou finalité professionnelle, actuelle ou future » (266).

4237 La deuxième condition concerne la nature du contrat conclu.

Le règlement comme la convention visent trois types de contrats :

- les ventes à tempérament où le vendeur accorde des facilités de règlement à l'acheteur ou l'octroi d'un crédit. Ce type de vente concerne les biens meubles corporels ou les prestations de services. Il implique que l'achat fasse l'objet d'un règlement en plusieurs échéances, comme un crédit-bail par exemple ;
- les prêts liés au financement de la vente d'objets mobiliers, donc tout prêt bancaire destiné au financement d'objets mobiliers ;

(264) PE et Cons. CE, règl. (CE) nº 593/2008, 17 juin 2008, consid. 7, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) : *JO* nº L 177, p. 6.

(265) CJUE, 19 janv. 1993, aff. C-89/91, *Shearson Lehman Hutton Inc.* c/ *TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH*, ECLI:EU:C:1993:15.

(266) CJUE, 3 juill. 1997, aff. C-269/95, *Benincasa*, ECLI:EU:C:1997:337.

- tous les autres contrats dont l'activité est exercée en France ou dirigée vers la France, ce qui couvre toute opération de financement bancaire qui concernera ainsi le notaire face à un contrat de prêt.

Deux critères permettent la protection du consommateur : **4238**

- activité exercée en France : la banque étrangère dispose en France d'une succursale à partir de laquelle elle exerce son activité et propose ses offres de service ;
- activité dirigée vers la France : il va s'agir de l'hypothèse d'une banque étrangère exerçant son activité et proposant ses services depuis son siège à l'étranger en direction de la France (267).

Afin de déterminer si un commerçant, dont l'activité est présentée sur son site internet ou sur celui d'un intermédiaire, peut être considéré comme « dirigeant » son activité vers l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile au sens de l'article 15, § 1, sous *c)*, du règlement n° 44/2001, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, il convient de vérifier si, avant la conclusion éventuelle d'un contrat avec le consommateur, il ressort de ces sites internet et de l'activité globale du commerçant que ce dernier envisageait de commercer avec des consommateurs domiciliés dans un ou plusieurs États membres, dont celui dans lequel ce consommateur a son domicile, en ce sens qu'il était disposé à conclure un contrat avec eux. Les éléments suivants, dont la liste n'est pas exhaustive, sont susceptibles de constituer des indices permettant de considérer que l'activité du commerçant est dirigée vers l'État membre du domicile du consommateur, à savoir la nature internationale de l'activité, la mention d'itinéraires à partir d'autres États membres pour se rendre au lieu où le commerçant est établi, l'utilisation d'une langue ou d'une monnaie autres que la langue ou la monnaie habituellement utilisées dans l'État membre dans lequel est établi le commerçant avec la possibilité de réserver et de confirmer la réservation dans cette autre langue, la mention de coordonnées téléphoniques avec l'indication d'un préfixe international, l'engagement de dépenses dans un service de référencement sur internet afin de faciliter aux consommateurs domiciliés dans d'autres États membres l'accès au site du commerçant ou à celui de son intermédiaire, l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau autre que celui de l'État membre où le commerçant est établi et la mention d'une clientèle internationale composée de clients domiciliés dans différents États membres. Il appartient au juge national de vérifier l'existence de tels indices.

En revanche, la simple accessibilité du site internet du commerçant ou de celui de l'intermédiaire dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur est domicilié est insuffisante. Il en va de même de la mention d'une adresse électronique ainsi que d'autres coordonnées ou de l'emploi d'une langue ou d'une monnaie qui sont la langue ou la monnaie habituellement utilisées dans l'État membre dans lequel le commerçant est établi (268).

(267) CJUE, Gde ch., 7 déc. 2010, aff. jtes C-585/08 et C-144/09, *Pammer* c/ *Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG* et *Hotel Alpenhof GesmbH* c/ *Oliver Heller*.

(268) Le considérant 24 du règlement Rome I est rédigé comme suit : « S'agissant plus particulièrement des contrats de consommation, (...) [l]a cohérence avec le règlement [Bruxelles I] exige, d'une part, qu'il soit fait référence à la notion d'"activité dirigée" comme condition d'application de la règle de protection du consommateur et, d'autre part, que cette notion fasse l'objet d'une interprétation harmonieuse dans le règlement [Bruxelles I] et le présent règlement, étant précisé qu'une déclaration conjointe du Conseil et de la Commission relative à l'article 15 du règlement [Bruxelles I] précise que "pour que l'article 15, paragraphe 1, point c), soit applicable, il ne suffit pas qu'une entreprise dirige ses activités vers l'État membre du domicile du consommateur, ou vers plusieurs États dont cet État membre, il faut également qu'un contrat ait été conclu dans le cadre de ces activités". La déclaration rappelle également que 'le simple fait qu'un site internet soit accessible ne suffit pas pour rendre applicable l'article 15, encore faut-il que ce site [I]nternet invite à la conclusion des contrats à distance et qu'un contrat ait effectivement été conclu à distance, par tout moyen. À cet égard, la langue ou la monnaie utilisée par un site [i]nternet ne constitue pas un élément pertinent ».

D'un point de vue pratique, il convient de s'attacher à l'action active ou passive du consommateur dans la réalisation du contrat hors de France.

Si l'initiative a été prise par l'établissement bancaire, le consommateur français sera passif et bénéficiera de l'application du régime protecteur des sections 4 du règlement et de la convention.

Si l'initiative a été prise spontanément par le consommateur français et que l'établissement bancaire étranger ne peut être considéré comme dirigeant son activité vers la France, le consommateur ne pourra pas se prévaloir du régime protecteur.

B/ Les clauses d'élection de *for* possibles

4239 L'article 18 du règlement et l'article 16 de la convention édictent une règle de compétence stricte.

La personne physique qualifiée de consommateur a le choix d'intenter une action soit :
- devant la juridiction du lieu du domicile du prêteur ;
- devant la juridiction du lieu de son propre domicile.

Le prêteur ne peut quant à lui intenter une action que devant la juridiction du lieu du domicile du consommateur.

En pratique, le consommateur pouvant potentiellement invoquer les juridictions de plusieurs États alors que la banque ne peut elle invoquer que les juridictions du lieu de domicile du consommateur, il convient pour le notaire de s'assurer que l'établissement bancaire qui va rédiger le cadre du contrat de prêt désigne les juridictions du lieu de domicile du consommateur pour des questions de prévisibilité et de sécurité juridique.

Les articles 19 du règlement et 17 de la convention prévoient cependant la possibilité de déroger par conventions à cette règle de compétence stricte à la condition que ces conventions dérogatoires soient postérieures à la naissance du différend, et qu'elles permettent au consommateur de saisir d'autres juridictions que celles indiquées aux articles précédents.

§ II Les prêts au profit d'une contrepartie française qualifiée de professionnelle

4240 Si la contrepartie au contrat (l'emprunteur français) n'est pas un consommateur, le règlement dans son article 25 et la convention dans son article 23 prévoient alors des règles que l'on pourrait qualifier de droit commun. Il convient d'identifier le champ d'application de ces textes **(A)** avant de préciser les conditions de validité des clauses attributives de juridiction auxquelles ils s'appliquent **(B)**.

A/ Le champ d'application des articles 25 du règlement et 23 de la convention

4241 L'article 23 de la convention de Lugano prévoit comme première condition que l'une des parties ait son domicile sur le territoire d'un État lié par la convention.

Le règlement Bruxelles I le prévoyait également en son article 23 (269), mais cette condition de domiciliation a disparu de l'article 25 du règlement Bruxelles I *bis* : ce dernier s'appliquera toujours à un emprunteur français.

Une deuxième condition concerne la désignation, dans la clause, d'une juridiction d'un État membre de l'Union européenne ou d'un État lié par la convention.

(269) Ce sont les articles 62 et 63 du règlement Bruxelles I et les articles 59 et 60 de la convention qui définissent le domicile ou le siège social des cocontractants.

Cette condition sera naturellement satisfaite si l'établissement étranger prêteur a son siège dans l'un de ces États, car il aura tendance à appliquer la « loi de la banque » c'est-à-dire la loi de son propre pays quelle que soit la nationalité de sa contrepartie.

S'il s'agit d'un établissement bancaire ayant son siège hors de l'Union européenne et en dehors de l'un des États liés par la convention de Lugano, le choix d'une juridiction autre sera naturel. Pour autant, ni le règlement ni la convention n'interdisent les clauses attributives de juridiction au profit de tribunaux de pays tiers (270).

Dans une telle hypothèse, le cocontractant français pourrait saisir une juridiction française qui devra alors statuer sur sa propre compétence en application du droit français.

Face à ces incertitudes, et pour une meilleure prévisibilité, le notaire ne peut que recommander à ses clients de désigner la juridiction d'un État membre ou d'un État lié par la convention de Lugano.

B/ Les conditions de validité des clauses attributives de juridiction

4242 Dans l'ordre interne, l'article 48 du Code de procédure civile limite la possibilité de stipuler une clause attributive de juridiction aux contrats « entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant ». Il ajoute toutefois une précision capitale : il faut que la clause « ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ».

Le règlement Bruxelles I *bis*, moins restrictif quant aux parties susceptibles de stipuler une telle clause, montre toutefois en son article 25 un même souci de clarté en posant des conditions de forme. Il faut tout d'abord un écrit, soit dès l'origine, soit lorsque la convention est verbale, sous forme d'un écrit confirmatif.

Il convient ensuite que cet écrit prenne une forme « qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles » ou « qui soit conforme à un usage dont les parties ont connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée ».

Ce souci évident de clarté et de caractère non ambigu de la formulation de cette clause particulière n'interdit pas pourtant, entre professionnels, une certaine souplesse (271).

Section III La clause au profit de la juridiction d'un État tiers

4243 Tout établissement prêteur aura pour intérêt de désigner, au titre de la « loi de la banque » la juridiction de l'État dont il relève.

Lorsque cet État sera un État tiers à l'Union européenne ou à la convention de Lugano, il n'y aura plus de lien avec le cadre juridique français ou européen. Le règlement et la

(270) P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 10e éd. 2010, no 350 : « Lorsque la clause désigne les tribunaux d'un État non membre, l'article 23 n'est pas (...) applicable. La validité de la clause sera examinée selon le droit commun du tribunal saisi. Si elle est admise, la clause dérogera à la compétence qui résulte du règlement (...) sauf si elle est exclusive ou protectrice ».

(271) Par ex., CJUE, 21 mai 2015, aff. C-322/14, *Jaouad El Majdoub* c/ *CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH*, où la Cour admet la validité entre professionnels d'une clause attributive de juridiction figurant dans les conditions générales de vente d'un site internet, conditions approuvées par l'acquéreur par un simple « clic » sans qu'il soit obligatoire pour ce faire d'afficher la page où figurait le texte de cette clause.

convention ne s'appliquent plus à cette hypothèse, car la clause aura désigné la compétence de la juridiction d'un État tiers.

Néanmoins, la seule hypothèse qui puisse concerner la vision du notaire français, en présence d'un litige transfrontalier, est celle qui impliquerait un cocontractant français.

Ce dernier pourrait saisir les juridictions françaises pour faire trancher un litige.

Les juridictions françaises saisies apprécieront alors la validité de la clause attributive de juridiction non pas au regard des règles édictées par le règlement ou la convention, qui ne s'appliquent que dès lors que les tribunaux d'un État membre de l'Union européenne ou d'un État lié par la convention ont été désignés, mais au regard du droit commun français (272).

Ceci pourrait à terme concerner le Royaume-Uni, qui est un partenaire majeur du système bancaire européen, à l'issue de la procédure de *Brexit*.

Mais qu'en est-il d'un cocontractant non Français, par exemple un emprunteur russe qui emprunterait à une banque russe pour financer l'achat d'un bien en France ?

Il convient à nouveau d'opérer une distinction selon que le cocontractant est un consommateur **(§ I)** ou un professionnel **(§ II)**.

§ I Le prêt au profit d'un consommateur résidant en France

4244 Le consommateur résidant en France est protégé par les dispositions du Code de la consommation relatives aux clauses abusives, c'est-à-dire celles qui « ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat » (273).

Parmi elles, le code présume expressément comme abusives (274) les clauses conclues entre un professionnel et un consommateur qui ont pour objet ou pour effet de « supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges » (275).

Signe de la sensibilité du code au sujet, son article L. 232-1 vient encore préciser, d'une façon on ne peut plus explicite : « Nonobstant toute stipulation contraire, le consommateur ne peut être privé de la protection que lui assurent les dispositions prises par un État membre de l'Union européenne en application de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire d'un État membre ».

La conséquence de telles dispositions est particulièrement importante, car la clause abusive se trouve réputée non écrite, le contrat restant valable dans toutes ses autres dispositions (276).

(272) *JCl. Droit international*, note 44, p. 170, *Droit des opérations bancaires transfrontalières*.
(273) C. consom., art. L. 212-1.
(274) La présomption est simple : « sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire », C. consom., art. R. 212-2.
(275) C. consom., art. R. 212-2, 10°.
(276) C. consom., art. L. 241-1.

Ces dispositions protectrices sont impératives. En outre, il appartient au juge national d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause attributive de juridiction lorsqu'il examine la recevabilité d'une demande (277).

Cette protection, dirigée en faveur du consommateur, ne se retrouve pas lorsque le cocontractant est un professionnel.

§ II Le prêt au profit d'une contrepartie professionnelle résidant en France

4245 Les textes qui viennent d'être analysés protègent exclusivement le consommateur. Le professionnel, lui, ne bénéficie pas de cette protection. Il se trouve donc soumis au principe précédemment rappelé (V. *supra*, n° 4232) de licéité des clauses attributives de juridiction dans un contexte international, en l'absence de la compétence territoriale impérative d'une juridiction française.

CHAPITRE IV Les garanties du contrat de prêt

4246 Pour le notaire français, deux familles de garanties vont être à la disposition de l'organisme prêteur, qu'il s'agisse d'une banque française qui consent un prêt à un client non résident, ou d'une banque étrangère qui prête soit à un de ses clients habituels, par définition non résident, soit à un client français. Il s'agit de sûretés réelles conventionnelles ou de garanties personnelles.

D'un point de vue pratique, une banque étrangère analysera plus facilement la fiabilité d'une garantie personnelle donnée par son client non résident dont elle connaît les actifs. Logiquement, la prise d'une garantie sur un bien immobilier se trouvant dans le même État que celui de l'organisme prêteur sera privilégiée, car la banque sera dans un environnement juridique connu de ses services.

Il n'en demeure pas moins qu'un établissement de crédit étranger peut être amené à garantir son prêt au regard d'actifs situés sur le territoire français. Il convient dès lors d'envisager les conditions de ces prises de garanties en France en gardant toujours à l'esprit que la loi applicable à la créance, c'est-à-dire au prêt lui-même, doit être distinguée de la loi applicable à la sûreté elle-même (278).

Section I Les sûretés réelles conventionnelles

4247 On peut facilement envisager que la prise d'une sûreté réelle sur un bien immobilier se trouvant dans un État différent est un processus qui peut s'avérer moins attractif pour un organisme bancaire étranger, d'une part à cause de cet éloignement physique, et d'autre part à cause du besoin d'accéder à un système juridique différent dont la fiabilité est mal connue.

En effet, cette prise de garantie réelle peut être soumise à un certain nombre d'aléas comme divers risques naturels, économiques ou politiques. En pratique, les banques étrangères

(277) CJCE, 27 juin 2000, aff. C-240/98 à C-244/98, *Océano Grupo Editorial et Salvat Editores : Rec. CJCE* 2000, I, p. 4941 ; *LPA* 24 juill. 2001, note S. Hourdeau ; *JCP* G 2001, II, 10513, note M. Carballo Fidalgo et G. Paisant ; *RTD civ.* 2001, p. 878, obs. J. Mestre et B. Fages.

(278) Cass. 1re civ., 19 janv. 1999, n° 96-17.269 : *JurisData* n° 1999-000219 ; *Bull. civ.* 1999, I, n° 21 ; *JCP* G 2000, p. 255, note Th. Vignal ; *Defrénois* 1999, p. 523, note M. Revillard.

solliciteront, préalablement à la mise en place du prêt destiné à financer un bien immobilier se trouvant dans un État différent, l'établissement d'une expertise immobilière, par un expert qu'elles auront elles-mêmes mandaté aux frais de leur client, afin de mieux analyser la qualité et contrôler la valeur du bien qui va leur être remis en garantie par le biais d'une sûreté réelle.

Nous envisagerons les lois applicables aux sûretés conventionnelles dans l'ordre international avant de nous arrêter plus particulièrement sur le privilège du vendeur, le privilège de prêteur de denier et l'hypothèque conventionnelle, qui constituent les sûretés réelles classiques en droit interne français.

§ I Lois applicables aux sûretés conventionnelles

A/ *Lex contractus*

4248 Les sûretés réelles conventionnelles sont des opérations de nature contractuelle et relèvent à ce titre de l'application du règlement Rome I. Les parties peuvent donc en principe librement choisir la loi qui leur sera applicable, la *lex contractus*, selon le principe de l'autonomie de la volonté édicté par son article 3, § 1.

En l'absence de choix de loi applicable l'article 4 « Loi applicable à défaut de choix », § 1 *c* édicte que le contrat ayant pour objet un droit réel immobilier est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'immeuble.

En pratique, la *lex contractus* sera la loi du pays de l'organisme financier, lequel souhaitera maîtriser son environnement juridique.

B/ *Lex rei sitae*

4249 La prise d'une sûreté réelle concerne par définition un bien immobilier et fait naître des droits réels. Dès lors, les sûretés réelles relèvent également du statut réel qui est soumis en droit international privé à la loi du lieu de situation des biens, la *lex rei sitae* (279).

Articulation entre la *lex contractus* et la *lex rei sitae*

Dans ces conditions, il convient de s'assurer comment l'articulation entre la ***lex contractus*** et la ***lex rei sitae*** s'opère.
Les questions contractuelles sont celles qui relèvent de manière générale du droit des obligations, comme le consentement au contrat et ses effets. La ***lex contractus*** va donc régir la validité du contrat et les obligations personnelles en découlant.
Les questions réelles, en revanche, vont avoir un caractère spécial, comme déterminer la licéité de la création de ce droit réel, son formalisme, le contenu de ce droit et donc les prérogatives du créancier, son opposabilité et son rang. C'est la ***lex rei sitae*** qui seule indiquera quelles sûretés peuvent être prises sur un bien situé sur son sol.
D'un point de vue pratique, le notaire français ne sera concerné que par la prise de sûretés réelles sur le territoire français. Il devra donc s'assurer que la ***lex rei sitae***, c'est-à-dire la loi française, peut accueillir et matérialiser les sûretés prévues par la banque dans son contrat de prêt.

(279) B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5e éd. 2006, no 48.

C/ *Lex concursus*

Cependant, il convient également d'appréhender le risque d'insolvabilité de l'emprunteur. Si les sûretés sont mises en place, c'est précisément pour pallier ce risque. On parle de *lex concursus* pour désigner la loi applicable à une procédure d'insolvabilité. **4250**

Les règles de la *lex concursus* vont donc venir se superposer aux règles de la *lex contractus* et de la *lex rei sitae* et peuvent avoir un impact sur l'efficacité de la sûreté.

En présence d'un élément d'extranéité, et si les autorités d'ouverture de la procédure devaient être les autorités françaises, c'est le règlement (UE) nº 2015/848 du 20 mai 2015, relatif aux procédures d'insolvabilité, dont les dispositions sont applicables depuis le 26 juin 2017 qui aura vocation à s'appliquer. Ce règlement a refondu le règlement (CE) nº 1346/2000 qui était entré en vigueur le 31 mai 2002.

Aux termes de l'article 7 « Loi applicable », § 1 dudit règlement, c'est la loi du pays d'ouverture de la procédure qui régira les conditions d'ouverture de cette procédure, son déroulement et ses conséquences.

« 1. Sauf disposition contraire du présent règlement, la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets est celle de l'État membre sur le territoire duquel cette procédure est ouverte (ci-après dénommé "État d'ouverture").

2. La loi de l'État d'ouverture détermine les conditions liées à l'ouverture, au déroulement et à la clôture de la procédure d'insolvabilité. Elle détermine notamment les éléments suivants : *a)* les débiteurs susceptibles de faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité du fait de leur qualité ; *b)* les biens qui font partie de la masse de l'insolvabilité et le sort des biens acquis par le débiteur ou qui lui reviennent après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ; *c)* les pouvoirs respectifs du débiteur et du praticien de l'insolvabilité ; *d)* les conditions d'opposabilité d'une compensation ; *e)* les effets de la procédure d'insolvabilité sur les contrats en cours auxquels le débiteur est partie ; *f)* les effets de la procédure d'insolvabilité sur les procédures engagées par des créanciers individuels, à l'exception des instances en cours ; *g)* les créances à produire au passif du débiteur et le sort des créances nées après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ; *h)* les règles régissant la production, la vérification et l'admission des créances ; *i)* les règles régissant la distribution du produit de la réalisation des actifs, le rang des créances et les droits des créanciers qui ont été partiellement désintéressés après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité en vertu d'un droit réel ou par l'effet d'une compensation ; *j)* les conditions et les effets de la clôture de la procédure d'insolvabilité, notamment par concordat ; *k)* les droits des créanciers après la clôture de la procédure d'insolvabilité ; *l)* la charge des frais et des dépenses de la procédure d'insolvabilité ; *m)* les règles relatives à la nullité, à l'annulation ou à l'inopposabilité des actes juridiques préjudiciables à la masse des créanciers. »

Cependant, le règlement prévoit en son article 8 « Droits réels des tiers » des dérogations au principe de la primauté de la *lex concursus*.

Ainsi l'article 8, § 1 dispose que : « 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 ».

Les sûretés réelles grevant des biens situés sur le territoire d'autres États membres seront à l'abri des effets de la *lex concursus*.

Le § 2 de l'article 8 dispose encore que : « 2. Les droits visés au paragraphe 1 sont notamment : *a)* le droit de réaliser ou de faire réaliser un bien et d'être désintéressé par le produit ou les revenus de ce bien, en particulier en vertu d'un gage ou d'une hypothèque ; *b)* le droit exclusif de recouvrer une créance, notamment en vertu de la mise en gage ou de la cession de cette créance à titre de garantie ; *c)* le droit de revendiquer un bien et/ou d'en réclamer la restitution entre les mains de quiconque le détient ou en jouit contre la volonté de l'ayant droit ; *d)* le droit réel de percevoir les fruits d'un bien. 3. Est assimilé à un droit réel le droit, inscrit dans un registre public et opposable aux tiers, sur le fondement duquel un droit réel au sens du paragraphe 1 peut être obtenu. 4. Le paragraphe 1 ne fait pas obstacle aux actions en nullité, en annulation ou en inopposabilité visées à l'article 7, paragraphe 2, point *m)* ».

§ II Le privilège du vendeur

4251 En pratique interne, la subrogation dans le privilège du vendeur reste assez marginale, car le privilège de prêteur de deniers a la faveur des établissements de crédit.

Cependant, la subrogation dans le privilège du vendeur pourrait trouver un intérêt particulier dans un contexte international. Dans l'hypothèse où l'inscription d'un privilège de prêteur de denier ne serait pas envisageable ainsi que nous le verrons ci-après, le réflexe du praticien sera la prise d'une inscription d'hypothèque conventionnelle dont nous savons qu'elle ne prendra rang qu'à la date de son inscription et non à la date de l'acte.

Cette période entre l'acte et la prise de l'inscription est une zone de danger pour le créancier. Le praticien peut proposer une solution en invitant à subroger le créancier dans le privilège du vendeur de manière à lui faire bénéficier d'une garantie prenant rang à la date de l'acte.

§ III Le privilège de prêteur de deniers

4252 Depuis le prisme français, le privilège de prêteur de deniers est défini par l'article 2374, 2° du Code civil : « Les créanciers privilégiés sur les immeubles sont (...) 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 ; (...) ».

Ce privilège a pour avantage de garantir le principal du montant emprunté et trois ans d'intérêts au taux conventionnel.

En droit international privé, les privilèges sont soumis à la loi qui régit la créance, donc à la loi du contrat. Pour que le notaire français puisse matérialiser une inscription de privilège de prêteur de deniers, il sera nécessaire, ainsi que nous l'avons évoqué ci-dessus, que la *lex contractus* et la *lex rei sitae*, la loi française, pour ce qui concerne le notaire français devant matérialiser la prise de ce privilège sur un bien immobilier situé en France, connaissent l'une et l'autre le privilège de prêteur de deniers. Cependant, très peu de législations internes connaissent le privilège de prêteur de deniers. Actuellement, outre la loi française, le privilège de prêteur de deniers existe dans la législation luxembourgeoise (280), dans la législation monégasque (281) et dans la législation de l'île Maurice (282).

(280) C. civ. luxembourgeois, art. 2103, al. 2.
(281) C. civ. monégasque, art. 1940-2.
(282) C. civ. mauricien, art. 2151, al. 2.

Depuis le prisme du notaire français, le privilège de prêteur de denier ne pourra donc être inscrit que lorsque le contrat de prêt sera soumis à l'une des quatre lois suivantes : la loi française, la loi luxembourgeoise, la loi monégasque ou la loi mauricienne.

Pour tous les contrats de prêt soumis à une loi différente de ces quatre lois, la garantie ne pourra pas consister en un privilège de prêteur de deniers faute pour l'ordre juridique compétent de connaître cette institution.

Il y a donc peu d'hypothèses où la possibilité de prise d'un privilège de prêteur de denier existe. Face à des opérations qui concernent d'autres systèmes de droit, une idée serait d'utiliser la technique dite « du dépeçage ». Le dépeçage consiste à soumettre le contrat de prêt à une loi identifiée (par ex., la loi allemande ne connaissant pas la notion de privilège de prêteur de deniers) et de soumettre les garanties attachées à ce contrat de prêt à une loi différente qui, elle, connaîtrait la notion de privilège de prêteur de deniers.

Il y a en doctrine un débat sur le dépeçage. L'évolution des différentes positions doctrinales est perceptible notamment à la lecture des différentes éditions de l'ouvrage de Marielle Revillard (283). La convention de Rome I prévoyait le dépeçage, mais son rapport explicatif en limitait la portée à raison d'une recherche de cohérence contractuelle. Et force est de constater que le règlement Rome I réaffirme le principe du dépeçage sans qu'aucun considérant de ce règlement n'en limite la portée (284). Il faut cependant être prudents, car la technique du dépeçage peut faire basculer la loi du contrat vers le droit de la consommation français.

Prenons l'hypothèse où un établissement de crédit ne spécifierait pas une clause de loi applicable explicite au contrat de prêt, mais insérerait une simple clause spéciale concernant la garantie (l'article 4 du règlement Rome I nécessite un choix de loi exprès à la loi du contrat). Cette situation pourrait créer une incertitude, car ce choix spécial pour la loi du prêteur de denier pourrait être analysé par le juge comme un choix de loi tacite de loi applicable à l'ensemble du contrat. Ceci aurait pour effet de soumettre l'intégralité du prêt consenti par l'établissement de crédit étranger au doit français et impliquerait le respect de la loi française relative à la protection du consommateur.

§ IV L'hypothèque conventionnelle

S'agissant des conditions de fond, en l'absence de choix de loi applicable par les parties, le règlement Rome I désigne la loi du pays de situation de l'immeuble pour les contrats ayant pour objet un droit réel immobilier. Si l'objet de l'hypothèque est un bien immobilier situé sur le territoire français, tant l'aspect contrat de l'hypothèque que l'aspect sûreté de l'hypothèque seront soumis à la loi française. L'hypothèque sera donc soumise dans son entier à la loi française. **4253**

S'agissant des conditions de forme de l'hypothèque, l'article 11 du règlement Rome I énonce que la validité formelle d'un contrat ayant pour objet un droit réel immobilier est soumise aux règles de forme du la loi du pays où l'immeuble est situé, dès lors que ces règles s'appliquent quels que soient le lieu de la conclusion du contrat et la loi le régissant au fond, et qu'il ne peut pas être dérogé à ces règles par accord. L'article 2416 du Code civil

(283) M. Revillard, *Droit international privé et européen : Pratique notariale*, Defrénois, 9e éd. 2018, nos 1338 et s. et plus spéc. no 1353.

(284) C. Pellegrini, *Droits applicables au contrat international. Étude théorique et pratique du dépeçage*, thèse Lyon III, 2013. – C. Nourissat, *Le dépeçage*, *in* S. Corneloup et N. Joubert (ss dir.), *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, LexisNexis, coll. « CREDIMI », 2011.

énonce que : « L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte notarié » et l'article 2417 du même code édicte que : « 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 », ce qui confère au notaire français un monopole pour la réception des actes d'affectation hypothécaire sur un immeuble situé sur le territoire français (285).

En ce qui concerne la forme des procurations devant être reçues à l'occasion de la prise d'une hypothèque, il est renvoyé aux développements de la deuxième commission (286).

De manière habituelle et pratique, les représentants de la banque ne se déplacent que très rarement pour la signature de l'acte authentique constatant la constitution de l'hypothèque. Qu'il s'agisse d'une banque française ou étrangère, ses représentants pourront donner une procuration à cet effet. Pour accepter une hypothèque consentie par le débiteur, le créancier peut donner procuration en la forme sous seing privé.

En revanche, le notaire devra informer le créancier que la constitution de l'hypothèque ne lui permettra pas à elle seule de saisir l'immeuble. La procédure de saisie suppose que le titre du créancier soit exécutoire, ce qui ne sera pas le cas si le prêt a été consenti par une banque étrangère et qu'il a été signé sous la forme sous seing privé à l'étranger. La réitération du contrat de prêt dans l'acte sera donc nécessaire pour pouvoir délivrer une copie exécutoire. Le contrat peut d'ailleurs avoir été antérieurement et valablement conclu à l'étranger par acte sous seing privé séparé.

Certains auteurs s'interrogent toutefois quant à la pertinence de cette pratique en ce qu'elle pourrait localiser sur le territoire français l'activité de la banque étrangère (287).

Section II Les sûretés personnelles

4254 Dans sa pratique, le notaire peut être confronté au contrat de cautionnement qui est la plus classique des garanties personnelles en droit interne français.

– Détermination de la loi applicable au cautionnement. – Le cautionnement est un contrat qui ne fait l'objet en droit international privé d'aucune disposition spéciale.

Dès lors, les dispositions générales du règlement Rome I lui sont applicables. Les parties peuvent ainsi désigner la loi applicable au cautionnement en usant de la faculté de choix de l'article 3 du règlement Rome I.

En l'absence de choix, et par application de l'article 4, § 2 du règlement Rome I, la loi applicable serait celle du pays de la résidence habituelle de la caution, celle-ci étant le débiteur de la prestation caractéristique.

En cas de pluralité de cautions pour une même obligation, dont les engagements individuels pourront être soumis à des lois différentes, l'article 16 du règlement réglera la détermination de la loi applicable aux recours entre les cautions elles-mêmes.

(285) M. Revillard, *Droit international privé et européen : Pratique notariale*, Defrénois, 9e éd. 2018, nos 1338 et s. et plus spéc. no 1354.
(286) V. *supra*, nos 2217 et s.
(287) W. Sanbar et H. Bouchetemble, *Droit des opérations bancaires et financières transfrontalières*, RB Édition, 2013, no 164.

– Incidence des lois de police. – Les dispositions impératives dans la loi nationale de la caution, lorsque celle-ci est une personne physique, peuvent trouver à s'appliquer au titre de lois de police.

En droit français, un ensemble de règles de nature à protéger la caution peuvent relever de la définition de ces lois de police qui, pour certaines, trouvent leur origine dans la loi Scrivener du 10 janvier 1978 (288). Parmi ces dispositions impératives figurent :
- le formalisme à respecter pour matérialiser l'engagement de la caution au titre des articles L. 313-7, L. 313-8, L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation ;
- la possibilité de neutraliser un cautionnement disproportionné ;
- la faculté de permettre à la personne physique qui s'est portée caution de protéger un minimum de ses ressources au titre de l'article 2301 du Code civil ;
- l'information annuelle de la caution au titre des articles 2293 du Code civil, L. 341-6 du Code de la consommation et L. 313-22 du Code monétaire et financier.

La cour d'appel de Colmar a, en 2008, considéré que l'obligation d'information annuelle de la caution de l'article L. 313-22 du Code de la consommation n'est pas une loi de police qui doit s'imposer à un établissement bancaire étranger (289).

Un arrêt de la Cour de cassation du 16 septembre 2015 a rejeté la qualification de loi de police aux articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation (290). Cependant, la caution sera en pratique dans la majorité des cas une personne physique qui pourra être qualifiée de consommateur au sens du règlement Rome I. Elle peut ainsi recourir à l'article 6 « Contrats de consommation » du règlement pour faire application de dispositions protectrices liées à la loi de sa résidence habituelle si cette dernière n'a pas été retenue aux termes de la clause du contrat de cautionnement qui fait expressément référence à l'application d'une autre loi. Ce recours à l'article 6 du règlement semble exclusif du recours à l'article 9 « Lois de police » du même règlement (291).

(288) Reconnaissance du caractère de loi de police de la loi Scrivener : Cass. 1re civ., 19 oct. 1999 : *Rev. crit. DIP* 2000, 29, note P. Lagarde.
(289) CA Colmar, 4 juin 2008 : *JurisData* n° 2008-367634.
(290) Cass. 1re civ., 16 sept. 2015, n° 14-10.373 : *Rev. crit. DIP* janv.-mars 2016, p. 132, D. Bureau et H. Muir Watt.
(291) M. Audit, S. Bollée et P. Callé, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, 2e éd. 2016, n° 192.

QUATRIÈME PARTIE

L'exécution des contrats dans un contexte international

TITRE UNIQUE

L'exécution du contrat

4255 « L'essence du droit se révèle dans sa réalisation » (292). Disposer d'un droit est une chose, l'exécuter en est une autre. Pour un créancier, son intérêt est de pouvoir exécuter rapidement son droit à défaut de règlement par le débiteur. Étymologiquement, *exécuter* signifie *aller jusqu'au bout* (293). Le créancier doit pouvoir aller jusqu'à la vente des biens de son débiteur afin de récupérer sa créance.

La procédure civile d'exécution est aujourd'hui codifiée (294). Il est nécessaire de toujours être dans l'équilibre des droits antagonistes existant entre le créancier et le débiteur. Le droit de l'Union européenne influence particulièrement la protection du débiteur. Il existe certains principes directeurs garantissant le débiteur : d'une part, le droit à un procès équitable et, d'autre part, le droit au respect de la vie privée. En France, le créancier ne dispose pas du droit d'obtenir un inventaire du patrimoine de son débiteur (295).

L'exécution et, par extension, l'exécution forcée sont l'expression de la souveraineté de l'État. La force publique permet de contraindre le débiteur à exécuter son obligation. La matière apparaît alors comme particulièrement empreinte d'un principe territorialiste. Lequel principe heurte l'évolution des relations économiques qui sont aujourd'hui mondialisées (296).

L'État prête son concours à l'exécution d'une obligation. Il doit vérifier que le titre qui crée cette obligation est exécutoire sur son territoire. L'article L. 111-3 du Code des procédures civiles d'exécution fixe les six catégories de titres exécutoires. L'acte notarié revêtu de la formule exécutoire constitue l'un des titres exécutoires. Le droit français accorde à l'acte notarié la force exécutoire, laquelle « est l'un des attributs essentiels de l'acte authentique notarié » (297).

Il apparaît nécessaire de vérifier le caractère exécutoire de l'acte notarié dès lors qu'il passe les frontières afin d'être exécuté hors de son territoire d'origine **(Sous-titre I)**. Ce n'est qu'après cette vérification que l'exécution peut être mise en œuvre **(Sous-titre II)**.

(292) H. Motulsky, *L'office du juge et la loi étrangère*, in *Mél. Maury*, t. 1, Dalloz, 1960, p. 337, spéc. p. 338, cité par L. d'Avout in *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica, p. 226.
(293) Locution latine *Exsequor*, cf. Dictionnaire Gaffio, 1934, p. 636.
(294) L'article 7 de la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010, relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires, autorise le gouvernement par voie d'ordonnance à créer un Code des procédures civiles d'exécution, laquelle ordonnance date du 19 décembre 2011 (n° 2011-1895).
(295) À l'inverse du droit allemand ou anglais. Il existe cependant certains fichiers français permettant au créancier de connaître le gage de son débiteur, notamment par le biais de la publicité foncière.
(296) V. *supra*, commission 1, n° 1014.
(297) D. Coiffard, *Authenticité et force exécutoire - l'arbre et le fruit : JCP* N 2018, 6, 1096 ; V. aussi *supra*, n°s 2022 et s.

SOUS-TITRE I

La nécessaire constatation de la force exécutoire

L'acte notarié qui contient une obligation va permettre au créancier d'en obtenir une copie exécutoire. Cette force exécutoire interne s'exporte-t-elle ? **(Chapitre I)**. La confiance mutuelle qui existe entre un certain nombre d'États justifie un allègement **(Chapitre III)** de la procédure d'*exequatur* normalement applicable **(Chapitre II)**. 4256

CHAPITRE I La force exécutoire : une force internationale ?

S'interroger sur la force exécutoire de l'acte notarié en droit international oblige à en rechercher les fondements en droit interne. Une fois fondée, il est plus aisé de comprendre l'importance de la délivrance d'un titre exécutoire hors des frontières. 4257

La force exécutoire est un effet de l'acte notarié. En droit français, elle trouve son existence dans la loi du 25 ventôse an XI, en son article 19 (298). La force exécutoire attachée à l'acte notarié est également visée dans l'article premier de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et dans l'article L. 111-3 du Code des procédures civiles d'exécution (299).

La notion de force exécutoire a été présentée dans un précédent congrès (300). Elle trouve son fondement dans le statut du notaire français. En sa qualité d'officier public, le notaire est délégataire d'une partie de la puissance publique. L'exécution forcée, *objet central du droit des voies d'exécution* (301), met en jeu la force publique. La confiance accordée au notaire en raison de son statut justifie d'un tel concours (302).

À l'international, le statut du notaire ne passe pas les frontières. L'État français ne peut imposer sa souveraineté à un autre État. La force exécutoire attachée au statut ne passe en principe pas les frontières bien que l'acte puisse circuler (303). Il sera évoqué ci-après les procédures qui permettent à un acte notarié d'être exécutoire hors de France. Il a été proposé, lors du 111e Congrès des notaires de France, la création d'un sceau européen (304). S'il y a là les prémices d'une unité et d'une identité des notariats d'Europe, elles ne présument pas d'une souveraineté commune.

La confiance accordée à l'acte authentique et à l'acte notarié en particulier justifie que le législateur européen ait dans de nombreux règlements écarté la procédure d'*exequatur* pour attribuer à l'acte la force exécutoire.

(298) « Tous actes notariés feront foi en justice, et seront exécutoires dans toutes l'étendue de la République. »

(299) Ord. nº 45-2590, 2 nov. 1945, art. 1er : « Les notaires sont les officiers publics, établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses [copies exécutoires] et expéditions ».
CPC, art. L. 111-3 : « Seuls constituent des titres exécutoires : (...) 4º Les actes notariés revêtus de la formule exécutoire ».

(300) 111e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 13-15 mai 2015, *La sécurité juridique : un défi authentique*, 1re commission, T. Gruel et C. Farenc, p. 205, nº 1459.

(301) C. Brenner, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, coll. « Cours », 8e éd. 2015, p. 99, nº 164.

(302) M. Julienne, *Le caractère exécutoire de l'acte authentique, la force publique au service des contractants : JCP* N 2014, nº 29, 1250.

(303) V. *supra*, commission 2, nº 2376.

(304) 111e Congrès des notaires de France, *op. cit.*, 1re commission, 2e proposition par T. Gruel et C. Farec.

En droit interne, la délivrance au créancier d'un titre exécutoire lui attribue un avantage. Il appartient au débiteur de s'opposer à son créancier. Il devient demandeur à l'instance. L'acte notarié porte dans sa nature le caractère exécutoire. Le créancier n'a pas à saisir une juridiction afin d'obtenir un titre exécutoire. Le notaire délivre sur demande du créancier une copie exécutoire, ce qui a fait dire à certains auteurs qu'il s'agit d'une quasi-sûreté (305).

Dans l'ordre international, permettre au créancier d'obtenir un titre exécutoire sans recours à une juridiction est particulièrement avantageux. Le premier avantage est d'éviter de saisir un juge qui pourrait se considérer non compétent. Le notaire n'est pas une juridiction, et de ce chef il n'est pas lié par les règles de compétence juridictionnelle. Le second avantage est encore plus profond. Faute de saisir un juge, le *negotium* n'a pas à être réétudié, réanalysé. L'accord du débiteur quant à l'exécution de son obligation est inscrit dans l'acte. Il est informé *ab initio* de la délivrance d'un titre exécutoire à son encontre.

Le notaire doit-il refuser d'instrumenter s'il pressent une impossibilité d'exécution forcée (306) ? Deux raisons peuvent apporter une réponse négative. La première : l'exécution forcée est une « pathologie » de l'exécution d'une obligation. Il n'est pas du rôle du notaire de présumer d'une inexécution de l'acte *ab initio*. La seconde, pragmatique : comment connaître l'État dans lequel l'acte devra être produit ? Le refus de rendre exécutoire un acte dépend du pays d'exécution, lequel n'est pas connu lors de l'établissement de l'acte.

Si « l'acte authentique français apparaît comme un instrument relativement puissant à l'étranger » (307), la confiance accordée au notaire et à l'acte qu'il délivre est cependant contrôlée, lorsqu'il passe les frontières, par le biais de la procédure d'*exequatur*. Mais dès lors que l'espace dans lequel doit être produit l'acte exécutoire est un espace de libre-échange, le contrôle est allégé, voire inexistant.

CHAPITRE II L'*exequatur*, la force exécutoire conditionnée

4258 La procédure judiciaire d'*exequatur* attribue la force exécutoire à un acte authentique. L'hypothèse ici visée est celle d'un acte étranger à produire en France. L'acte notarié à produire à l'étranger doit respecter le droit du pays d'exécution. En connaissant la raison d'être de *l'exequatur* **(Section I)**, il est plus aisé d'en comprendre la procédure **(Section II)**.

Section I La raison d'être de l'*exequatur*

4259 En matière d'exécution des actes notariés à l'international, deux États sont en cause : l'État du pays d'origine de l'acte, c'est-à-dire celui qui a par sa volonté souveraine donné au notaire compétence de délivrer un titre exécutoire, et l'État d'exécution dans lequel est demandée la mise en exécution de l'obligation, État qui accorde sa force publique.

(305) J.-P. Sénéchal, *L'acte notarié : une quasi-sûreté : Defrénois* 1993, p. 1313. – M. Julienne, *Le caractère exécutoire de l'acte authentique, la force publique au service des contractants : JCP* N 2014, nº 29, 1250.

(306) P. Callé, *Le notaire, les actes notariés et le droit international*, in *Mél. à la mémoire de P. Courbe*, Dalloz, 2012, p. 81 et 82.

(307) M.-E. Ancel et D. Vincent, *La circulation internationale des actes : JCP* N 2016, nº 2, 1009.

Un État ne peut tolérer qu'un acte établi dans un autre pays puisse produire des effets sur son territoire, sans y donner son propre aval. Si tel était le cas, il y aurait ingérence dans la souveraineté de l'autre État.

Dans le cadre du respect de la souveraineté des États, la procédure française d'*exequatur* s'est développée, afin de permettre à un acte étranger ayant force exécutoire d'être préalablement validé par l'autorité judiciaire avant de produire ses effets à caractère exécutoire sur les biens sur son propre territoire.

L'exécution de l'acte notarié est de même nature que l'exécution d'un jugement (308) : elle relève par conséquent de la question de l'efficacité des jugements, que la doctrine classe dans une catégorie particulière : la catégorie du conflit d'autorités (309).

Le conflit d'autorités regroupe en effet « les règles applicables à la compétence internationale des autorités non judiciaires françaises et celles relatives aux effets des actes non judiciaires étrangers, dans la mesure – puisqu'il s'agit de droit international privé – où les relations privées sont concernées » (310).

Afin d'attribuer la force exécutoire à un acte notarié étranger, la procédure d'*exequatur* dite « de droit commun » est nécessaire. Cet acte authentique étranger doit émaner d'un État tiers à l'Union européenne, ou d'un État de l'Union européenne hors du champ d'application d'un règlement européen.

Une certaine pratique de l'*exequatur* : l'*exequatur* à toutes fins utiles

Il peut arriver que les parties, à titre préventif ou en cas de contestation, demandent l'***exequatur*** à toutes fins utiles pour obtenir la vérification de la régularité de la décision étrangère (311). Cette pratique, qui consiste à demander l'exécution forcée à des fins relevant d'une action déclaratoire, a été sanctionnée par le passé (312), car il a été considéré qu'elle détournait la procédure de sa finalité. Une doctrine y voit pourtant une « utilité pour vaincre à l'avance la résistance des tiers intéressés à l'acte » (313). En ces temps de disette judiciaire, il ne semble pas utile de présumer le débiteur de mauvaise foi et de saisir le juge d'une éventuelle inexécution d'obligation.

Section II La procédure d'*exequatur*

La règle fixée par le Code de procédure civile impose une requête en *exequatur* par application de son article 509. Cette procédure existe également pour les jugements étrangers. **4260**

(308) R. Crône, *La réception d'un acte authentique étranger en France*, in *Mél. en l'honneur de M. Revillard*, Defrénois, 2008, p. 89, n° 37.
(309) P. Meyer et V. Heuzé, *Droit international privé*, LGDJ, 11e éd. 2014, p. 339, nos 486 et s.
(310) *Ibid.*
(311) H. Péroz et E. Fongaro, *Droit international privé patrimonial de la famille*, LexisNexis, coll. « Pratique notariale », 2e éd. 2017, p. 30, n° 58, citant Cass. 1re civ., 3 janv. 1980, *Graino : Rev. crit. DIP* 1980, 597, note D. Holleaux.
(312) Dans une affaire du 12 janvier 1978, le tribunal de grande instance de Paris a refusé de délivrer l'*exequatur* à un couple marié à Stockholm, et qui demandait au juge d'exéquaturer leur contrat de mariage sous seing privé pour se procurer ainsi, grâce à cette procédure, un document officiel attestant à toutes fins utiles de l'efficacité du contrat de mariage.
(313) M. Goré, *L'acte authentique en droit international privé*, Travaux comité fr. DIP, 1998-2000, p. 33.

La juridiction française compétente est le tribunal de grande instance (314), statuant à juge unique (315). Le tribunal de grande instance compétent est celui du lieu de résidence du débiteur ou du lieu de situation du bien qui fait l'objet d'une demande d'exécution forcée.

La vérification effectuée par le juge est moindre en matière d'acte notarié qu'en matière d'*exequatur* portant sur une décision étrangère. Le juge n'effectue pas de contrôle de la compétence internationale de l'autorité publique étrangère ayant reçu l'acte. Il y a une équivalence de compétence de l'autorité publique (316).

Le juge français s'assure qu'il n'existe aucune compétence exclusive au profit des notaires français, telle la constitution d'une hypothèque sur un bien immobilier situé sur le territoire français, ainsi qu'il résulte de l'article 2417 du Code civil.

Une analyse préalable s'impose : il faut que l'acte soit authentique. Il est nécessaire de définir ce qui est qualifiable d'acte authentique. Le droit européen, dans son arrêt *Unibank* du 17 juin 1999 (317), a défini la notion d'acte authentique de façon plus restrictive que la Cour de cassation.

Les trois conditions posées par l'arrêt *Unibank* sont cumulatives.

Il doit s'agir :
- d'un acte établi par une autorité publique ;
- dont l'authenticité porte sur la signature et le contenu de l'acte ;
- et qui est exécutoire dans son État d'origine.

Il faut penser qu'aujourd'hui la Cour de cassation définirait l'acte authentique à l'identique du droit européen. Lequel, dans les différents règlements, donne une définition de l'acte authentique.

L'acte doit-il être légalisé avant d'être exécutoire ? Une réponse positive doit être donnée depuis l'abrogation (318) de l'ordonnance royale de la marine d'août 1681. La Cour de cassation, dans un arrêt du 4 juin 2009 (319), impose cette légalisation à titre de coutume internationale sauf dispense bien entendu (320).

L'acte présenté au juge est traduit et n'est pas frappé d'une irrégularité intrinsèque (321).

Le magistrat contrôle que l'acte est conforme à l'ordre public international français, sans procéder à la recherche d'une éventuelle fraude à la loi (322).

À ce principe d'*exequatur*, il existe bien entendu des tempéraments, voire des exceptions.

Celles-ci relèvent de la confiance mutuelle qui existe au sein des États membres de l'Union européenne.

(314) COJ, art. L. 311-11.
(315) COJ, art. R. 212-8.
(316) A. Meier-Bourdeau, *La réception des actes authentiques étrangers en France : JCP* N 2014, n° 29, 1253.
(317) CJCE, 17 juin 1999, aff. C-260/97, *Unibank A/S* c/ *Flemming G. Christensen : JurisData* n° 1999-612647 ; *Rev. crit. DIP* 2000, p. 245, note G. Droz. Pour une analyse de l'arrêt, V. *supra*, commission 2, n° 2036.
(318) Ord. n° 2006-460, 21 avr. 2006, relative à la partie législative du Code général de la propriété des personnes publiques, art. 7, II, 7°.
(319) Cass. 1re civ., 4 juin 2009, n° 08-13.541 : *JurisData* n° 2009-048460.
(320) V. not. deux réformes : l'une, interne, sur la modification de l'apostille ; l'autre, européenne, par le règlement n° 2016/1191 du 6 juillet 2016 dont l'entrée en vigueur est prévue en février 2019. V. *supra*, les développements de la commission 2.
(321) Une irrégularité relevant par exemple de la *ratione loci* ou *ratione materiae*, ou pour défaut de formule exécutoire apposée.
(322) Cass. 1re civ., 22 nov. 2005 : *JurisData* n° 2005-030821. – P. Callé, *Le juge saisi d'une demande d'exécution d'un acte authentique n'a pas le pouvoir d'en apprécier la validité : Rev. crit. DIP* 2006, p. 422, note P. Callé.

CHAPITRE III La confiance mutuelle, la force exécutoire européenne

L'espace de liberté, de sécurité et de justice est issu directement du droit primaire (323) de l'Union européenne. Découle de ce principe une reconnaissance mutuelle (324) entre États membres des actes authentiques. Cette espace de circulation et d'exécution des actes varie en fonction des règlements applicables, c'est à dire de leur champ d'application. Le propos est ici limité à l'exécution des obligations contractuelles. **4261**

Trois textes peuvent s'appliquer en matière d'exécution des actes authentiques ; le règlement Bruxelles I *bis* (325), le règlement portant création du titre exécutoire européen (TEE) (326) et la convention de Lugano du 30 octobre 2007. Il importe de connaître les champs d'application de chacun **(Section I)** avant de s'interroger sur les modalités de délivrance du titre exécutoire **(Section II)**.

Section I Les champs d'application

Les trois champs d'application, spatial, temporel et matériel des textes susvisés sont-ils identiques ? La réponse à cette question permet de choisir le texte qui fonde la délivrance du titre exécutoire. **4262**

§ 1 Le champ spatial

Le champ territorial de ces textes crée un espace judiciaire européen de trente États par suite de la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne. Aux vingt-sept États membres de l'Union s'ajoutent trois États de l'Association européenne de libre-échange (327) signataires de la convention de Lugano, exclusion faite du Liechtenstein. Un acte authentique qui doit s'exécuter dans l'un des États membres de l'Union peut se fonder sur le règlement Bruxelles I *bis* et le règlement « TEE ». Il faut noter que la convention de Bruxelles (328) demeure applicable dans les territoires des États membres qui entrent dans son champ d'application territorial et qui sont exclus du règlement en vertu de l'article 355 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (329). En France, ce sont la Nouvelle-Calédonie et ses dépendances, la Polynésie française, les Terres australes et antarctiques françaises, les îles Wallis-et-Futuna, Mayotte et Saint-Pierre-et-Miquelon (330). **4263**

(323) TFUE, art. 67-1 : « 1. L'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres ».
(324) TFUE, art. 67-4 : « 4. L'Union facilite l'accès à la justice, notamment par le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ».
(325) Règl. (UE) n° 1215/2012, 12 déc. 2012, lequel refond le règlement dit « Bruxelles I ».
(326) PE et Cons. CE, règl. (CE) n° 805/2004, 21 avr. 2004, portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées.
(327) L'AELE comprend aujourd'hui quatre États : la Suisse, l'Islande, la Norvège et le Liechtenstein.
(328) Du 27 septembre 1968.
(329) PE et Cons. UE, règl. (UE) n° 1215/2012, 12 déc. 2012, art. 68, al. 1er.
(330) C. Gentili : *JCl. Encyclopédie des Huissiers de Justice*, V° *Compétence des juridictions civiles*, Fasc. 50, *Compétence internationale dans l'Union européenne*.

Un acte notarié dont le pays d'origine ou le pays d'exécution est la Suisse, l'Islande ou la Norvège se base sur la convention de Lugano.

§ II Champ d'application spatial

4264 La date de l'acte authentique permet là encore de choisir le texte applicable. La délivrance d'un titre exécutoire européen est possible pour les actes signés depuis le 21 octobre 2005.

La convention de Lugano de 2007 s'est substituée à celle du 16 septembre 1988 en raison de l'adoption du règlement Bruxelles I. Elle s'applique pour les actes signés à compter du 1er janvier 2010.

Le passage du règlement Bruxelles I à Bruxelles I *bis*, qui s'applique aux actes signés à compter du 10 janvier 2015, pose un véritable problème. La procédure de délivrance du certificat constatant le caractère exécutoire de l'acte est plus lourde sous l'égide du règlement Bruxelles I.

§ III Champ matériel

4265 Le champ matériel est à analyser sous l'angle des matières couvertes par les règlements **(A)**, mais aussi concernant la nature des litiges en cause **(B)**.

A/ Des matières couvertes presque identiques

4266 Les trois textes s'appliquent aux matières civiles et commerciales. Sont exclus du champ d'application de ces textes les actes régis par le droit public (331). Le fait que l'une des parties au contrat soit une personne de droit public n'a pas d'incidence. C'est la nature de la relation contractuelle qui fonde l'action (332). La soumission en tout ou partie au droit privé aux fins d'exécution est à ne pas négliger, voire à négocier lors de la conclusion du contrat.

Les matières exclues sont visées par les trois textes et sont presque similaires. Le règlement Bruxelles I *bis* écarte expressément de son champ d'application les régimes patrimoniaux. Le règlement sur le titre exécutoire européen et la convention de Lugano ne font pas référence à cette exclusion. L'entrée en vigueur du règlement sur les partenariats enregistrés (333) va régler la question pour toutes les relations entre personnes ayant conclu leur partenariat à compter du 29 janvier 2019. La question se pose de la délivrance d'un titre exécutoire européen pour les relations entre partenaires dont la convention est antérieure. La Cour de justice de l'Union européenne est chargée de l'interprétation des règlements. Aurait-elle la possibilité d'exclure le titre exécutoire européen du champ des régimes patrimoniaux ? Le principe de confiance mutuelle fonde la possibilité de délivrer un titre exécutoire européen. Le contrat de partenariat authentique n'est pas obligatoirement connu dans tous les États membres. Ce contrat inclut une relation de vie commune. Le législateur européen, lors de la révision du règlement Bruxelles I, a évoqué l'idée de supprimer le règlement « TEE ». Le règlement Bruxelles I *bis* a anticipé la négociation du règlement « Partenariats enregistrés » en l'excluant de son champ d'application. Il apparaît ainsi cohérent d'exclure du champ d'application du règlement « TEE » les régimes patrimoniaux.

(331) Pour une présentation un peu plus complète, V. *supra*, commission 1, n° 1188.
(332) B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, LGDJ, 8e éd. 2018, p. 504, n° 610.
(333) Règl. (UE) n° 2016/1104, 24 juin 2016, V. *supra*, commission 3.

B/ Un champ matériel des litiges différent

4267 Il existe des différences entre le règlement Bruxelles I *bis* et le règlement « TEE » quant à la nature de la créance et au caractère international de la situation.

Le règlement « TEE » ne porte que sur les créances incontestées alors que l'acte authentique soumis au règlement Bruxelles I *bis* peut porter sur l'exécution de toute obligation. La notion de créance incontestée est d'interprétation autonome et indépendante des procédures civiles des États membres (334). La créance est réputée incontestée *si le débiteur l'a expressément reconnue dans un acte authentique* (335). L'acte notarié porte donc indication d'une créance, laquelle est définie comme « un droit à une somme d'argent déterminée qui est devenue exigible ou dont la date d'échéance a été indiquée... [dans] l'acte authentique » (336). La rédaction de l'acte notarié est importante afin que l'obligation contractuelle à la charge du débiteur puisse être qualifiée de créance.

Le litige n'a pas à être initialement international. L'acte notarié qui contient l'existence d'une créance peut-être sans élément d'extranéité initiale. Le litige purement interne à la France n'interdit nullement la possibilité de délivrer un titre exécutoire européen, dès lors que celui-ci est nécessaire pour que s'exécute l'obligation sur des biens situés au sein de l'Union européenne (337).

Les champs d'application des textes sont assez proches. Le choix de la procédure pour obtenir un titre exécutoire hors du pays d'origine peut se faire en fonction des modalités de délivrance du titre.

Section II Les modalités de délivrance du titre exécutoire

4268 L'adoption du règlement Bruxelles I *bis* a modifié la procédure en matière de délivrance du titre exécutoire portant sur un acte authentique. Il est aujourd'hui reconnu le caractère exécutoire à l'acte sans aucune formalité dans le pays d'exécution. « Les actes authentiques qui sont exécutoires dans l'État membre d'origine sont exécutoires dans les autres États membres, sans qu'une déclaration constatant la force exécutoire ne soit nécessaire » (338). L'acte doit être authentique selon la définition donnée par le règlement. Ce qui ne pose pas de véritable question pour l'acte notarié français.

Le seul formalisme imposé relève de l'article 60 du règlement Bruxelles I *bis* : « L'autorité compétente (...) de l'État membre d'origine délivre, à la demande de toute partie intéressée, le certificat qu'elle établit en utilisant le formulaire figurant à l'annexe II ».

Quelle autorité est compétente pour délivrer ce certificat ? Dans sa rédaction initiale (339), l'article 509-3 du Code de procédure civile donnait compétence au président de la chambre

(334) CJUE, 16 juin 2016, aff. C-511/14, *Pebros Servizi : JDI* 4 oct. 2017, chron. 11, obs. Quéguiner.
(335) Règl. n° 805/2004, 21 avr. 2004, art. 3, § 1 *d)*.
(336) Règl. n° 805/2004, 21 avr. 2004, art. 4.
(337) F. Cornette, *Comment obtenir un titre exécutoire européen : Europe* juin 2016, n° 6, prat. 2.
(338) Règl. Bruxelles I *bis*, art. 58.
(339) Antérieure au décret du 26 décembre 2014.

des notaires (340). Aujourd'hui, l'article 509-3 dispose : « Par dérogation aux articles 509-1 et 509-2, sont présentées au président de la chambre des notaires (...) les requêtes aux fins de certification, de reconnaissance ou de constatation de la force exécutoire, sur le territoire de la République, des **actes authentiques notariés étrangers** » (341).

Le fait de viser uniquement les actes étrangers est contraire au principe posé par le règlement Bruxelles I *bis*, car seule l'autorité de l'État d'origine est visée. Qu'en est-il de l'acte notarié dressé par un notaire français à exécuter dans un autre État de l'Union ? À la lecture des textes, peu cohérents, seul le président de la compagnie dont dépend le notaire peut délivrer le certificat de l'article 60 du règlement Bruxelles I *bis*.

Il y a là une grande différence avec le règlement « TEE ». L'article 25 dispose que l'acte « est, sur demande, adressé à l'autorité désignée par l'État membre d'origine, certifié en tant que titre exécutoire européen en utilisant le formulaire type figurant à l'annexe III ». Le Code de procédure civile donne compétence au notaire rédacteur de l'acte pour délivrer le certificat de titre exécutoire européen (342).

Si l'on s'en tient à la rédaction de l'article 509-3 du Code de procédure civile, préférence doit être donnée à la délivrance du titre exécutoire européen, ce qui n'est pas cohérent avec l'esprit du règlement Bruxelles I *bis*.

L'acte n'a pas à être traduit, seule la traduction du certificat peut être demandée (343).

Une fois l'acte notarié reconnu comme exécutoire, sa mise en exécution doit être envisagée.

SOUS-TITRE II

La mise en exécution de l'acte notarié

4269 La mise en exécution d'un acte notarié signifie le recours à des mesures conservatoires ou à une exécution forcée dans le pays d'exécution. Le notaire français n'a que peu de rôle à jouer. Il est intéressant de connaître les éventuelles oppositions dont dispose le débiteur **(Chapitre I)** et de s'interroger sur la nature de l'exécution suivant les biens **(Chapitre II)**.

(340) « Par dérogation aux articles 509-1 et 509-2, les requêtes aux fins de certification, de reconnaissance ou de constatation de la force exécutoire des actes authentiques notariés, en application des règlements précités des 12 décembre 2012 et 18 décembre 2008, ainsi que de la convention précitée du 30 octobre 2007, sont présentées au président de la chambre des notaires ou, en cas d'absence ou d'empêchement, à son suppléant désigné parmi les membres de la chambre. »

(341) « En application : (...)
– du règlement (UE) nº 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. »

(342) « Par dérogation à l'article 509-1 sont présentées au notaire ou à la personne morale titulaire de l'office notarial conservant la minute de l'acte reçu les requêtes aux fins de certification des actes authentiques notariés en vue de leur acceptation et de leur exécution à l'étranger en application :
– du règlement (CE) nº 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées. »

(343) H. Péroz : *JCl. Europe Traité*, Fasc. 2810, *Titre exécutoire européen*, nº 84.

CHAPITRE I Les moyens de défense du débiteur

4270 Le règlement (CE) nº 805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées prévoit en son article 25 qu'il n'est pas possible de s'opposer à l'exécution de l'acte authentique. En théorie, le débiteur peut contester le *negotium* par application de l'article 3 *in fine*. Cela semble théorique dès lors que le débiteur a signé l'acte constatant l'existence d'une créance. Lors du 111e Congrès des notaires de France, il a été préconisé d'inclure une clause dans tous les actes susceptibles de se voir délivrer un certificat de titre exécutoire européen (344). S'il existe des motifs de suspension ou de retrait du certificat de titre exécutoire européen (345), le demandeur adresse sa demande au notaire qui a délivré le certificat valant titre exécutoire européen. La demande peut être effectuée à l'aide d'un imprimé visé à l'annexe VI du règlement.

En tout état de cause, il ne peut y avoir réexamen du titre. La volonté du législateur européen est d'éviter toute mesure dilatoire (346) de la part du débiteur. Le principe fondamental reste le respect du droit de la défense. Ainsi, il n'est pas envisageable de délivrer un titre exécutoire européen contre un débiteur par défaut (347).

Au sein du règlement Bruxelles I *bis*, le débiteur peut s'opposer à l'exécution dans trois cas. Le premier cas d'opposition à exécution concerne l'acte authentique qui est contraire à l'ordre public du lieu d'exécution. Le deuxième cas concerne l'acte rendu exécutoire par défaut, ce qui est assez peu concevable en matière d'acte notarié. Le dernier cas vise l'hypothèse dans laquelle le contenu de l'acte est incompatible avec une décision judiciaire antérieure. Il apparaît peu concevable que le débiteur signe un acte dans de telles conditions. Seul l'ordre public peut être mis en avant.

Il apparaît que la délivrance d'un titre exécutoire européen est d'une grande efficacité pour le créancier. Pour éviter un trop grand déséquilibre en défaveur du débiteur, l'intervention raisonnée du notaire est importante. Il en sera de même de la jurisprudence de la Cour de justice (348).

CHAPITRE II La nature de l'exécution forcée

4271 Les mesures d'exécution comprennent l'exécution forcée en nature qui s'impose à défaut d'exécution de son obligation par le débiteur. Le créancier, qui est titulaire d'un titre exécutoire, veut le faire exécuter dans l'État de situation des biens. Le règlement Bruxelles I *bis* et le règlement (CE) nº 805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées renvoient aux mesures fixées par les pays d'exécution (349). Les mesures d'exécution relèvent du droit de la contrainte. Il

(344) 111e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 10-13 mai 2015, *La sécurité juridique : un défi authentique*, 1re commission, T. Gruel et C. Farenc, p. 226, nº 1522.

(345) L'article 10 du règlement nº 805/2004 prévoit une possibilité de rectification en cas d'erreur matérielle ou de retrait.

(346) J.-F. Sagaut et M. Cagniart, *Regard notarial sur le titre exécutoire européen : JCP* N 2005, 1441.

(347) CJUE, 9 mars 2017, aff. C-484/15, *Ibrica Zulfikarpašić* c/ *Slaven Gajer*.

(348) B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, LGDJ, 8e éd. 2018, p. 591, nº 711.

(349) Règl. Bruxelles I *bis*, art. 41 : « La procédure d'exécution des décisions rendues dans un autre État membre est régie par le droit de l'État membre requis ». Règl. nº 805/2004, art. 20 : « (...) les procédures d'exécution sont régies par la loi de l'État membre d'exécution ».

appartient à chaque État de fixer les règles de la contrainte sur son propre territoire (350). C'est le principe de la territorialité des procédures civiles d'exécution (351).

Il est d'usage de distinguer la contrainte matérielle, c'est-à-dire physique, de la contrainte intellectuelle, ou juridique. La contrainte physique s'entend de la remise d'une chose, d'une expulsion.

En procédure civile d'exécution, il est plus juste de parler d'intervention matérielle de l'État d'exécution à titre de monopole opérationnel territorial (352). En cas de saisie matérielle, notamment en matière immobilière, une loi unique s'applique, tant sur le fond que pour la procédure. Elle relève de l'État qui diligente la mesure (353).

La contrainte intellectuelle ou juridique peut se traduire par une injonction d'exécuter. C'est-à-dire par la constatation du transfert de propriété d'un bien du débiteur vers le créancier. *La contrainte intellectuelle est donc, au final, une simple évolution des droits et obligations du débiteur, qui s'impose à lui* (354). L'État de situation du bien a-t-il toujours à être recherché dans une telle hypothèse ? L'équilibre de l'ordre juridique de cet État ne doit pas être mis à mal. L'acte authentique ne peut servir de fondement à une absence d'intervention de l'autorité du lieu d'exécution. L'intervention d'un juge d'exécution s'impose pour garantir les droits du débiteur, mais aussi des tiers du lieu de situation du bien. En l'absence d'une compétence exclusive de l'État d'exécution, la confiance mutuelle au sein de l'espace européen poussée à son extrême ne permettrait-elle pas d'attribuer compétence au juge de l'État d'origine ? Les textes pourront un jour évoluer.

(350) Ph. Théry, *Procédures civiles d'exécution et droit international privé*, in *Rencontres Petites Affiches. Actualité des voies d'exécution : LPA* 22 déc. 1999, n° 254, p. 50, spéc. n° 3.

(351) G. Cuniberti, *Le principe de territorialité des voies d'exécution : JDI* 2008, p. 963.

(352) L. d'Avout, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica, coll. « Recherches juridiques », 17 juin 2006, p. 230.

(353) Cass. 2e civ., 29 févr. 1984 : *Bull. civ.* 1984, II, n° 40, p. 27, cité par L. d'Avout, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica, *op. cit.*, p. 236.

(354) G. Cuniberti, *Le principe de territorialité des voies d'exécution : JDI* 2008, p. 963 et s., n° 30.

CINQUIÈME PARTIE

La publicité foncière

4272 Dans la pratique notariale, les difficultés dans l'accomplissement des formalités de publicité foncière en présence d'un élément d'extranéité se rencontrent pour l'essentiel dans trois cas différents :

- lorsqu'il s'agit de procéder aux formalités de publicité foncière en présence d'un acte authentique ou d'une décision en provenance de l'étranger **(Titre I)** ;
- lorsqu'il s'agit de procéder aux formalités de publicité foncière en présence d'un partage global fait à l'étranger et comprenant un immeuble situé en France **(Titre II)** ;
- lorsqu'il s'agit de procéder aux formalités de publicité foncière en présence d'un *trust* constitué à l'étranger et dans lequel a été mis un immeuble situé en France **(Titre III)**.

TITRE I

L'accomplissement des formalités de publicité foncière

CHAPITRE UNIQUE L'accomplissement des formalités de publicité foncière en présence d'un acte authentique ou d'une décision en provenance de l'étranger

L'article 4, alinéa 3 du décret du 4 novembre 1955 dispose : « 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 des minutes d'un notaire français ou s'ils ont été rendus exécutoires en France. Ils doivent être accompagnés, s'ils sont rédigés en langue étrangère, d'une traduction en français, certifiée soit par le fonctionnaire susvisé, soit par un interprète habituellement commis par les tribunaux. Les expéditions, copies, extraits ou bordereaux déposés pour être conservés au service chargé de la publicité foncière doivent, en outre, porter toutes les mentions exigées par les articles 5 à 7 du présent décret et les articles 2428 et 2434 nouveaux du Code civil ». **4273**

Autrement dit, suivant ce texte, il suffit, pour qu'ils soient publiés en France, que les actes reçus par un notaire étranger et les décisions rendues par une juridiction étrangère aient été déclarés exécutoires en France ou qu'ils aient été déposés au rang des minutes d'un notaire français, dûment légalisés et accompagnés d'une traduction en langue française.

Cependant, la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées a introduit un article 710-1 du Code civil qui, en son alinéa 1er, pose le principe général suivant lequel : « Tout acte ou droit doit, pour donner lieu aux formalités de publicité foncière, résulter d'un acte reçu en la forme authentique par un notaire exerçant en France, d'une décision juridictionnelle ou d'un acte authentique émanant d'une autorité administrative ».

En imposant que tout acte ou droit doive, pour donner lieu aux formalités de publicité foncière, résulter d'un acte reçu par un notaire exerçant en France, l'article 710-1 du Code civil exige donc, selon l'avis de la doctrine majoritaire (355), que l'acte reçu à étranger fasse l'objet d'une réitération par un acte reçu par un notaire exerçant en France. Il en va de même en présence d'une décision étrangère ne revêtant pas un caractère juridictionnel **(Section I)**.

Cette exigence de réitération connaît cependant un certain nombre d'exceptions **(Section II)**.

(355) P.-F. Cuif, *Réforme de la publicité foncière (C. civ., art. 710-1) : Nouvelles règles et nouvelles pratiques pour le notaire : Bull. Cridon Paris* 1er-15 août 2011, p. 2 et s., n° 25. – V. égal. : S. Berre, *Effets en France d'un acte passé à l'étranger : formalités et publicité foncière : JCP* N 2013, n° 26, 1177. – M.-E. Ancel et D. Vincent, *La circulation internationale des actes : JCP* N 2016, n° 2, 2009, nos 29 et 30.

Section I L'exigence de réitération

4274 Il est généralement considéré que, par application du principe général posé par l'article 710-1 du Code civil, de valeur législative, les dispositions de l'article 4, alinéa 3 du décret du 4 novembre 1955 se trouvent partiellement abrogées.

Pour les actes authentiques, la règle de l'article 710-1 est claire : il faut que cet acte soit reçu par un notaire exerçant en France. Un acte notarié établi en Belgique portant sur un immeuble situé en France ne peut plus être déposé au rang des minutes d'un notaire en France aux fins d'accomplissement des formalités de publicité foncière. Il ne reste plus qu'à procéder à sa réitération devant un notaire exerçant en France. De plus, il semble bien que cette réitération s'impose même si l'acte a été établi avant l'entrée en vigueur de la loi de 2011, ce qui est souvent source de difficultés pratiques, par exemple au cas du décès entre-temps de l'une des parties à l'acte ou, plus simplement, au cas où une partie refuse de réitérer l'acte. Dans ce cas, il ne restera plus qu'à soumettre la difficulté à un tribunal dont la décision permettra de procéder à l'accomplissement des formalités.

S'agissant des décisions, l'article 710-1 du Code civil admet qu'elles puissent donner lieu aux formalités de publicité foncière sans préciser que la décision doive être rendue en France. Il s'ensuit que rien n'interdit que les formalités de publicité foncière soient accomplies sur le fondement d'une décision étrangère, sans qu'il soit nécessaire que cette décision soit soumise à l'*exequatur*.

Cependant, tandis que l'article 710-1 exige une décision « juridictionnelle », l'article 4, alinéa 3 du décret se contente d'une décision rendue par une juridiction étrangère sans ajouter qu'elle doit présenter un caractère « juridictionnel ».

Sur ce point, l'article 710-1 abroge donc implicitement les dispositions du décret en imposant d'établir une distinction selon que la décision en provenance de l'étranger revêt un caractère juridictionnel ou pas.

Dans le premier cas, c'est-à-dire si la décision tranche une contestation aux termes d'une procédure organisée et qu'elle revêt, de ce fait, l'autorité de la chose jugée, elle peut donner lieu aux formalités de publicité foncière dans le respect des dispositions de l'article 4, alinéa 3 du décret du 4 janvier 1955. Tel sera le cas par exemple d'une décision qui prononce l'annulation d'une vente immobilière et ordonne le transfert de propriété au vendeur initial.

Si, au contraire, la décision ne revêt pas un caractère juridictionnel parce qu'elle se borne, par exemple, à homologuer un acte de partage étranger, elle ne pourra pas donner lieu aux formalités de publicité foncière. Il sera alors nécessaire de réitérer l'acte étranger par un notaire exerçant en France.

Ce système a été récemment repris par le rapport de la Commission de réforme de la publicité foncière présidée par le professeur Laurent Aynès.

Ce rapport propose de remplacer l'actuel article 710-1 du Code civil par un article 710-7 qui serait ainsi rédigé :

« Seuls peuvent donner lieu aux formalités de publicité foncière les actes reçus en la forme authentique par un notaire exerçant en France, les décisions juridictionnelles et les actes administratifs dressés à fin de publicité foncière.

L'homologation d'un juge, le contreseing d'un avocat, le dépôt au rang des minutes d'un notaire, même avec reconnaissance d'écriture et de signature, ne permettent pas aux actes sous signature privée de faire l'objet des formalités de publicité foncière ».

Le texte reprend ainsi la nécessité que l'acte soit réitéré par un notaire exerçant en France.

De même, seules les décisions juridictionnelles peuvent donner lieu aux formalités de publicité foncière sans nécessité d'une réitération.

Section II Les exceptions à la réitération

L'article 710-1 du Code civil prévoit lui-même, dans ses alinéas 2 et 3, une série d'exceptions à l'exigence de la réitération par un acte reçu par un notaire exerçant en France. **4275**

Mais cette exigence devrait céder également dans deux autres hypothèses qui ne sont pas visées par le texte.

§ I Les exceptions prévues par l'article 710-1 du Code civil

Il résulte de l'article 710-1, alinéa 2 du Code civil que peuvent donner lieu aux formalités de publicité foncière, quand bien même ils proviendraient de l'étranger : **4276**

- les procès-verbaux des délibérations des assemblées générales préalables ou consécutives à l'apport de biens ou droits immobiliers à une société ou par une société, ainsi que les procès-verbaux d'abornement, à condition d'être annexés à un acte qui en constate le dépôt au rang des minutes d'un notaire ;
- les assignations en justice ;
- les commandements valant saisie et les actes de procédure s'y rattachant ;
- les jugements d'adjudication.

Ces exceptions ont été reprises par le rapport de la Commission de réforme de la publicité foncière présidée par le professeur L. Aynès à l'article 710-9 (356).

§ II Les exceptions qui ne sont pas prévues par l'article 710-1 du Code civil

En l'absence de consensus doctrinal et de jurisprudence sur ce point, ne seront émises ici que de simples propositions. **4277**

Ainsi, l'obligation de la réitération ne serait pas nécessaire :

- lorsque l'acte ou la décision en provenance de l'étranger ont été rendus ou déclarés exécutoires en France **(A)** ;
- lorsqu'il est prévu par un texte européen que les actes et les décisions en provenance d'un État membre sont immédiatement exécutoires en France ou qu'ils constituent un document valable pour l'accomplissement des formalités de publicité foncière en France **(B)**.

(356) Ce texte serait rédigé ainsi : « Par dérogation à l'article 710-7, peuvent faire l'objet des formalités de publicité foncière :
- les commandements de payer valant saisie et les actes de procédure s'y rattachant ;
- les assignations en justice et les conclusions reconventionnelles ou additionnelles ;
- les jugements d'adjudication ;
- les procès-verbaux de délibérations des assemblées générales relatives à l'apport de biens ou droits immobiliers ainsi que les procès-verbaux de bornage, lorsqu'ils sont annexés à un acte constatant leur dépôt au rang des minutes d'un notaire ;
- les procès-verbaux établis par le service du cadastre ;
- les autres actes administratifs dont la publication est prescrite par la loi ».

A/ Acte ou décision rendu ou déclaré exécutoire en France

4278 Si l'acte ou la décision en provenance de l'étranger a été reconnu exécutoire en application du droit commun ou d'une convention internationale, il devrait pouvoir être procédé aux formalités de publicité foncière en France.

C'est ce qui résulte de l'article 4, alinéa 2 du décret 1955, non abrogé sur ce point par l'article 710-1 du Code civil.

C'est également ce qui a été retenu par le rapport de la commission présidée par le professeur L. Aynès qui propose d'introduire un article 710-8 du Code civil suivant lequel :

« Les actes reçus par les officiers publics ou ministériels étrangers et les décisions juridictionnelles étrangères ne peuvent donner lieu à publication que s'ils ont été déposés au rang des minutes d'un notaire exerçant en France. Celui-ci contrôle les conditions de leur acceptation ou de leur reconnaissance. Les décisions juridictionnelles étrangères peuvent également être publiées si elles sont ou ont été rendues exécutoires en France ».

Le commentaire qui est fait de ce texte par le rapport lui-même précise que : « Le texte reprend et actualise, notamment au regard des évolutions du droit européen et du droit international, l'article 4 du décret du 4 janvier 1955 ».

La même solution devrait s'appliquer si l'acte ou la décision en provenance de l'étranger a été déclaré exécutoire en France en application d'un texte européen.

Plusieurs règlements européens prévoient en effet que les décisions rendues par les tribunaux des États membres ainsi que les actes authentiques établis dans ces États membres sont exécutoires ou déclarés exécutoires dans les autres États membres selon une procédure d'*exequatur* simplifiée (357).

Ainsi en est-il du règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012, dit règlement « Successions », du règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires (358), et des règlements n^{os} 2016/1103 et 2016/1104 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

À l'égard des décisions, la constatation ou la déclaration de force exécutoire est faite par le directeur du greffe du tribunal de grande instance ou le président du tribunal de grande instance (359).

À l'égard des actes authentiques, elle est faite par le président de la chambre des notaires (360).

S'agissant du règlement « Successions », il est vrai que son article 1, § 2 exclut du champ d'application les inscriptions dans les registres des droits immobiliers et mobiliers et pose le

(357) Suivant cette procédure, la décision ou l'acte en provenance d'un État membre est déclaré exécutoire dans tout autre État membre en suite d'un simple contrôle formel.

(358) Le règlement n° 2201/2003 du 27 novembre 2003, dit « règlement Bruxelles II *bis* », prévoit également une procédure d'*exequatur* simplifiée pour les décisions rendues en matière matrimoniale et de responsabilité parentale. Les décisions de divorce rendues dans un État membre sont donc déclarées exécutoires en France suivant une procédure simplifiée d'*exequatur*, mais les effets patrimoniaux du divorce sont exclus du champ d'application du règlement. Une décision de divorce qui homologue une convention de partage bénéficiera donc du régime de circulation simplifié prévu par le règlement en ce qui concerne seulement le principe du divorce lui-même. Une convention de divorce homologuée ne pourra être publiée en France qu'après réitération par un acte reçu par un notaire exerçant en France ou après une procédure d'*exequatur* permettant l'exécution en France de la décision étrangère.

(359) CPC, art. 509-2.

(360) CPC, art. 509-3.

principe selon lequel c'est la loi du registre qui déterminera les conditions et la manière dont l'inscription peut être effectuée.

Mais, du moment que l'acte authentique a été déclaré exécutoire en France, conformément à la procédure qui est prévue par le règlement, rien ne devrait s'opposer à ce qu'il puisse donner lieu aux formalités de publicité foncière.

B/ Acte ou décision immédiatement exécutoire en France ou acte pouvant donner lieu directement aux formalités de publicité foncière

4279 Le règlement n° 805/2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées prévoit qu'une décision ou un acte authentique certifié en tant que titre exécutoire européen dans l'État membre d'origine est exécutoire dans tous les autres États membres sans procédure de contrôle dans l'État membre d'accueil.

Une décision ou un acte authentique certifié en tant que titre exécutoire européen doit donc pouvoir donner lieu à l'inscription en France de sûretés judiciaires sans procédure de contrôle.

Le règlement n° 1215/2012, dit « règlement Bruxelles I *bis* », prévoit quant à lui qu'une décision ou un acte authentique en provenance d'un État membre est automatiquement exécutoire dans les autres États membres, sans qu'une déclaration constatant sa force exécutoire soit nécessaire dans l'État d'accueil. Il suffit, pour procéder à son exécution forcée, que soit présenté un certificat délivré par les autorités de l'État membre d'origine attestant du caractère exécutoire de la décision ou de l'acte.

En conséquence, une décision rendue en application de ce règlement pourrait donner lieu aux formalités de publicité foncière sur simple présentation de ce certificat.

Il devrait en aller de même s'agissant des actes authentiques, mais l'article 509-3 du Code de procédure civile prévoit que les requêtes aux fins de certification, de reconnaissance ou de constatation de la force exécutoire, sur le territoire de la République, des actes authentiques notariés étrangers en application du règlement n° 1215/2012 sont présentées au président de la chambre des notaires. Il semble donc plus prudent de réitérer l'acte si sa force exécutoire n'a pas été constatée par le président de la chambre des notaires.

Enfin, dans le souci de favoriser un règlement rapide d'une succession transfrontière, le règlement n° 650/2012 a mis en place un nouveau mode d'établissement de la preuve des qualités héréditaires et des pouvoirs des tiers administrateurs : le certificat successoral européen (V. *supra*, n^{os} 3440 et s.). Ce certificat est destiné à être utilisé non seulement par les héritiers et les légataires, afin de prouver des éléments spécifiques tels que la qualité d'héritier ou l'attribution d'un bien déterminé, mais également par les exécuteurs testamentaires ainsi que les administrateurs de la succession afin de justifier de leurs pouvoirs. Il peut circuler d'un État membre à l'autre et est délivré par l'autorité désignée comme compétente en vertu de son droit national (soit un notaire, soit une juridiction). En France, l'autorité compétente pour émettre un certificat successoral européen est le notaire (361). Le certificat produit les mêmes effets dans tous les États membres, mais il n'est ni un titre exécutoire ni un acte authentique. Il fait foi jusqu'à preuve contraire et est présumé attester fidèlement de l'existence d'éléments qui ont été établis en vertu de la loi applicable à la succession ou en vertu de tout autre élément spécifique, tel que la validité au fond des dispositions à cause de mort.

(361) CPC, art. 509-3.

Le certificat successoral européen en provenance d'un État membre peut donner lieu aux formalités de publicité foncière sans qu'il soit nécessaire de procéder à sa réitération par un acte reçu par un notaire exerçant en France.

Certes, l'article 1, § 2 du règlement n° 1215/2012 exclut du champ d'application les inscriptions dans les registres des droits immobiliers et mobiliers et pose le principe selon lequel c'est la loi du registre qui déterminera les conditions et la manière dont l'inscription peut être effectuée. Toutefois, l'article 69, § 5 du même règlement prévoit que le certificat successoral européen constitue un document valable pour l'inscription d'un bien successoral sur un tel registre. Dans le même sens, le considérant 18 du règlement rappelle la nécessité d'une transcription directe d'une mutation immobilière dans les registres fonciers, sans procédure intermédiaire, dans toutes les hypothèses où les indications mentionnées dans le certificat successoral européen ou l'acte authentique étranger sont suffisantes.

Ce certificat devrait donc constituer un document valable pour l'accomplissement des formalités de publicité foncière. Il devrait suffire, lorsqu'un certificat en provenance d'un État membre est présenté à un notaire en France, d'établir une attestation immobilière pour procéder aux formalités de publicité foncière.

En tout état de cause, en cas de doute, le notaire exerçant en France peut toujours établir un acte de notoriété dans lequel il reprend les éléments consignés dans le certificat successoral européen et procéder, sur le fondement de son acte de notoriété, à l'accomplissement des formalités de publicité foncière.

TITRE II

L'accomplissement des formalités de publicité foncière en présence d'un partage global

CHAPITRE UNIQUE L'accomplissement des formalités de publicité foncière en présence d'un partage global fait à l'étranger comprenant des immeubles situés en France

4280 Comment procéder aux formalités de publicité foncière en présence d'un acte authentique ou d'un jugement en provenance de l'étranger établissant un partage à l'égard de plusieurs biens, dont certains d'entre eux sont situés en France ?

Si le partage résulte d'un acte authentique établi à l'étranger qui n'a pas été déclaré exécutoire en France, il faut, comme cela vient d'être énoncé, procéder à sa réitération par un acte reçu par un notaire exerçant en France conformément aux dispositions de l'article 710-1 du Code civil.

L'acte de réitération doit-il viser tous les biens situés en France et à l'étranger ou doit-il mentionner seulement le bien situé en France ?

La question présente un intérêt essentiellement fiscal.

En effet, selon une réponse ministérielle (362) non reprise au *BOFiP* mais dont les principes demeurent applicables : « Les partages constatés par des actes passés à l'étranger et portant soit sur des biens meubles et immeubles situés en France, soit uniquement sur des immeubles sis en France, doivent, conformément à l'article 635, 1-7° du CGI, être présentés à l'enregistrement dans le délai d'un mois à compter de leur date. Le droit de partage est dû sur le total de l'actif net partagé, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles, sous déduction des soultes ou plus-values qui seront éventuellement soumises au droit de mutation à titre onéreux ».

Se fondant sur le principe que le droit de partage est un droit d'acte, l'administration considère qu'il doit être perçu sur l'actif cumulé des biens français et étrangers (363) : « Le droit de partage est dû sur les biens étrangers car il ne s'agit pas d'un droit frappant une mutation, le partage étant considéré, en droit français, comme déclaratif » (364).

Cela aboutit à une imposition très lourde, dès lors que l'actif est essentiellement constitué de biens sis à l'étranger pour lesquels une taxation pourrait, le cas échéant, être également due dans cet État.

Les notaires ont souvent recours à une solution consistant à établir un acte en France portant sur l'attribution des seuls biens situés en France à certains copartageants. Le droit, un droit d'acte il faut le rappeler, n'étant assis que sur les valeurs exprimées dans l'acte au titre du bien et, le cas échéant, de la soulte. L'administration fiscale n'a jamais pris position pour ou contre la validité de cette pratique.

En revanche, les choses pourraient se présenter différemment si le partage résulte d'une décision étrangère qui attribue directement le bien situé en France. Dans ce cas, si la décision revêt véritablement un caractère « juridictionnel », il n'y a pas lieu d'établir un acte de réitération. Le jugement est définitif et peut être exécuté directement ainsi qu'il a été vu ci-dessus, le notaire pouvant alors publier l'attribution sous forme d'attestation.

L'absence d'« acte » à l'étranger portant sur un immeuble français au sens de l'article 635 précité permettrait ainsi d'écarter l'application du droit de partage. Le partage n'a pas à être repris dans un acte authentique français qui serait alors obligatoirement soumis au droit de partage, ni même être publié en tant que tel.

Cette solution reste cependant incertaine aussi longtemps qu'elle ne sera pas validée par les juges ou la doctrine administrative publiée.

(362) Rép. min. Lagorce : *JOAN* Q 21 nov. 1983, p. 3010, n° 3037.
(363) V. égal. Cass. req., 3 mars 1884 : *Ind. enr.* 1893, 136. – Rép. min. 18 avr. 1983 : *JOAN* Q 21 nov. 1983, p. 5010.
(364) *BOFiP*, BOI-ENR-PTG-10-10-20130301, n° 160.

TITRE III

L'accomplissement des formalités de publicité foncière en présence d'un *trust*

CHAPITRE UNIQUE L'accomplissement des formalités de publicité foncière en présence d'un *trust* comprenant des immeubles situés en France

4281 Comment le notaire doit-il régler une succession et procéder aux formalités de publicité foncière lorsqu'un immeuble situé en France est compris dans un *trust* constitué à l'étranger ?

Pour répondre à cette question, il sera ici raisonné à partir de l'hypothèse d'une coïncidence de la loi du *trust* et de la loi successorale.

Cette coïncidence se retrouvera essentiellement dans l'hypothèse où le défunt, de nationalité étrangère, aura choisi de soumettre sa succession à sa loi nationale comme le lui permet l'article 22 du règlement n° 605/2012 (365).

C'est cette loi successorale qui déterminera les pouvoirs du *trustee*, y compris sur l'immeuble situé en France.

L'article 23, § 2, du règlement précise en effet que la loi successorale régit :

« *b)* la vocation successorale des bénéficiaires, la détermination de leurs parts respectives et des charges qui peuvent leur être imposées par le défunt, ainsi que la détermination d'autres droits sur la succession, y compris les droits successoraux du conjoint ou du partenaire survivant ;

(...)

f) les pouvoirs des héritiers, des exécuteurs testamentaires et autres administrateurs de la succession, notamment en ce qui concerne la vente des biens et le paiement des créanciers, sans préjudice des pouvoirs visés à l'article 29, paragraphes 2 et 3 ».

C'est donc la loi successorale qui déterminera si le *trustee* a le pouvoir de vendre le bien au cas où le *trust* lui reconnaît ce pouvoir.

Reste la question de la reconnaissance en France des droits réels engendrés par le *trust*.

(365) En l'absence de désignation de loi applicable à la succession, l'article 21 du règlement conduit en effet à appliquer la loi de la dernière résidence habituelle du défunt. Si ce dernier résidait dans l'État étranger où le *trust* a été constitué, l'on pourrait penser qu'il y a coïncidence des deux lois. Mais, dans la mesure où les États connaissant l'institution du *trust* sont des États tiers au règlement (États-Unis, Australie, Angleterre), il y aura lieu de faire jouer le renvoi que le droit international privé de ces États opère, en matière de succession immobilière, à la loi du lieu de situation du bien. La loi française pourrait donc, par ce biais-là, se retrouver applicable.

Le *trustee* aura à se prévaloir de ses prérogatives qui comprennent celle d'être propriétaire des biens mis en *trust*. Mais le régime de ces biens sera affecté par le *trust* à cause du démembrement de propriété ou d'une éventuelle inaliénabilité ou insaisissabilité de ces biens.

L'ensemble de ces questions se rapporte au régime et au contenu des droits réels, et de la publicité dont ils font l'objet qui permet d'assurer leur opposabilité aux tiers.

Or, le règlement n'interfère pas dans l'organisation des droits réels qui relève de la loi du lieu de situation de l'immeuble.

Son article 1er, § 2, énumère diverses matières qui sont exclues de son champ d'application, parmi lesquelles figurent, au point *k)* de cette disposition, la « nature des droits réels » et, au point l) de celle-ci, « toute inscription dans un registre de droits immobiliers ou mobiliers, y compris les exigences légales applicables à une telle inscription, ainsi que les effets de l'inscription ou de l'absence d'inscription de ces droits dans un registre ».

La difficulté vient de ce que le *trust* crée des droits réels inconnus de la loi française qui, en tant que loi de la situation de l'immeuble, régit les droits réels qui le grèvent.

L'article 31 du règlement décide : « 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 ».

Ce texte invite à adapter le droit réel créé par l'institution du *trust* au droit réel le plus proche prévu par la loi française.

Cependant, il est immédiatement nécessaire d'ajouter que l'on ne connaît pas de droit réel prévu par la loi française auquel correspondrait le droit réel engendré par le *trust*.

La fiducie de l'article 2011 du Code civil s'apparente certes au *trust*.

Selon ce texte : « La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de 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 ».

Or, si l'on se réfère à la définition que donne du *trust* la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 suivant laquelle « le terme *trust* vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant, lorsque les biens ont été placés sous le contrôle d'un *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé », le *trust* et la fiducie apparaissent comme étant deux institutions similaires.

Cependant, des différences substantielles séparent les deux institutions : sous peine de nullité d'ordre public, le contrat de fiducie en droit français ne peut procéder d'une intention libérale au profit du bénéficiaire, alors que cette intention libérale est souvent de l'essence du *trust* ; le contrat de fiducie prend fin par le décès du constituant alors que, dans le schéma courant, le *trust* continue à produire ses effets bien au-delà du décès du constituant. Bien plus, et toujours dans le schéma courant, le *trustee* exerce les pouvoirs qu'il tient de l'acte de *trust* sans même penser au règlement de la succession du constituant quand celui-ci décède.

Pour autant, il ne doit pas en être déduit que le *trust* ne peut être accueilli en France.

Un arrêt du 12 octobre 2017 rendu par la Cour de justice de l'Union européenne (366) invite à considérer que cet accueil est possible.

Dans cette affaire, la Cour était saisie de la question de savoir si l'État de situation d'un immeuble objet d'un legs par « revendication » connu par le droit applicable à la succession et produisant un effet réel direct pouvait s'opposer à la reconnaissance de cet effet réel au motif que ce type de legs était inconnu de sa législation nationale.

La Cour a répondu que : « L'article 1er, paragraphe 2, sous *k)* et *l)*, ainsi que l'article 31 du règlement nº 650/2012 doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent au refus de la reconnaissance, par une autorité d'un État membre, des effets réels du legs "par revendication", connu par le droit applicable à la succession, pour lequel un testateur a opté conformément à l'article 22, paragraphe 1, de ce règlement, dès lors que ce refus repose sur le motif que ce legs porte sur le droit de propriété d'un immeuble situé dans cet État membre, dont la législation ne connaît pas l'institution du legs avec effet réel direct à la date d'ouverture de la succession ».

4282 D'après la Cour :

« L'article 31 du règlement nº 650/2012 porte non pas sur les modalités de transfert des droits réels, modalités dont relèvent notamment les legs "par revendication" ou "par condamnation", mais uniquement sur le respect du contenu des droits réels, déterminé par la loi applicable à la succession (*lex causae*), et leur réception dans l'ordre juridique de l'État membre dans lequel ils sont invoqués (*lex rei sitae*).

Dès lors, pour autant que le droit réel transmis par le legs "par revendication" est le droit de propriété, qui est reconnu dans le droit allemand, il n'y a pas lieu de procéder à l'adaptation prévue à l'article 31 du règlement nº 650/2012) » (pt 63 de l'arrêt).

En d'autres termes, l'État du lieu de situation de l'immeuble ne peut s'opposer à la reconnaissance d'un droit réel prévu par la loi successorale au seul motif que les modalités de transfert de ce droit réel sont différentes de celle de sa loi nationale.

Si l'on transpose cette jurisprudence à l'hypothèse présente il peut être considéré, plutôt que de recourir à une adaptation particulièrement difficile, sinon impossible, du droit réel engendré par le *trust* à un droit réel prévu par la loi française, qu'il serait préférable d'accueillir le *trust* en tant que tel.

Pour la publicité foncière, le bien situé en France devrait être attribué au *trustee* en mentionnant sa qualité. Ainsi qu'on l'a vu, l'article 23 du règlement soumet à la loi successorale « le transfert des biens, des droits et des obligations composant la succession aux héritiers et aux légataires » ; il soumet aussi à la même loi « les pouvoirs des héritiers, des exécuteurs testamentaires et autres administrateurs de la succession, notamment en ce qui concerne la vente des biens et le paiement des créanciers ».

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.

Si une question se pose en raison de l'insaisissabilité ou de l'inaliénabilité du bien mis au *trust*, il reviendra au tribunal saisi de l'affaire de décider s'il y a lieu d'opposer l'exception d'ordre public international à la loi étrangère qui régit le *trust*.

(366) Aff. C-218-16.

SIXIÈME PARTIE

La lutte contre le blanchiment dans un contexte international

TITRE UNIQUE

Lutte contre le blanchiment d'argent et extranéité : le notaire est une cible

4283 Dans son rapport annuel d'activité pour 2016, Tracfin constate que « (...) les notaires sont des cibles privilégiées et sont concernés à toutes les étapes du blanchiment, du placement à l'intégration ». Et de fait, le notariat est conscient de ce que les opérations de blanchiment s'orientent de plus en plus vers les professions non financières, au premier rang desquelles il figure. Si la participation active contre le blanchiment est une mission assignée aux notaires, il ne saurait être question ici de décrire l'état actuel de la réglementation et des obligations imposées au notariat, et il sera donc renvoyé aux études exhaustives sur le sujet (367).

Les développements qui suivent se cantonneront aux points de vigilance auxquels le notaire doit porter attention dans le cadre du traitement d'une transaction présentant un élément d'extranéité.

De façon un peu provocatrice, on peut relever que le premier élément d'extranéité se situe dans la réglementation qui trouve sa source dans les directives européennes transposées dans le droit français.

On le sait, le notaire doit appliquer le dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent lorsqu'il réalise au nom et pour le compte de son client toute transaction financière ou immobilière, ou lorsqu'il participe en assistant son client à la préparation ou à la réalisation des transactions concernant : l'achat et la vente de biens immeubles ou de fonds de commerce ; la gestion de fonds, titres ou autres actifs appartenant à son client ; l'ouverture de comptes bancaires, d'épargne ou de titres ; l'organisation des apports nécessaires à la création de sociétés ; la constitution, la gestion ou la direction de sociétés ; la constitution, la gestion ou la direction de fiducies de droit étranger ou de toute autre structure similaire (368).

Cette application est générale et porte tant sur les opérations strictement nationales que sur les opérations comportant un élément d'extranéité.

Pour ces dernières, quelles sont les « circonstances internationales » devant alerter le notaire ?

En effet, il est bien évident qu'il n'est pas attendu du notaire qu'il déclare un soupçon dès qu'un élément factuel (la nationalité d'une partie par exemple) est identifié. Le soupçon doit résulter de l'analyse d'un ensemble d'éléments.

La difficulté en la matière réside dans le fait qu'il n'existe pas de schéma type de critères *hit/no hit*, ce serait bien évidemment trop simple.

Tout est affaire de circonstances en la matière. La casuistique règne ici en maître.

(367) V. not. : M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 2018, n^os^ 1540 à 1564 ; *JCl. Notarial*, Fasc. 24, *Notariat. - Lutte contre le blanchiment*.

(368) C. monét. fin., art. R. 563-4.

Une même opération apparaîtra comme tout à fait cohérente si elle doit être réalisée par un client donné, à un moment donné et selon des modalités particulières. Et cette même opération devra faire l'objet d'une déclaration de soupçon en raison des circonstances légèrement différentes.

Aussi, afin d'éviter de se retrouver au cœur de la cible, est-il opportun de tenter un recensement des critères devant éveiller l'attention du notaire. Ce recensement trouve sa source dans les cas concrets identifiés par Tracfin (la lecture des rapports annuels d'activité est à ce titre une source de renseignements et de méthodes précieuse, et le lecteur pourra se procurer les rapports annuels d'activités – dont le dernier pour l'année 2017 – sur le site de Tracfin : www.economie.gouv.fr/tracfin) et dans les guides établis par la profession pour aider les notaires. On peut ainsi citer le cas de la Compagnie des notaires de Paris, qui a diffusé un guide méthodologique de formation et d'information à destination tant des notaires que de leurs collaborateurs, ainsi qu'une fiche de renseignements de nature, sur chaque dossier, à alerter le notaire sur une source possible de soupçon. Il convient également de se référer à la documentation élaborée par le Conseil supérieur du notariat, accessible à tous les notaires sur le portail Real, qui propose en particulier un questionnaire de vigilance.

Les développements qui suivent seront organisés, sans doute de manière un peu artificielle, entre les opérations dans lesquelles l'extranéité résulte de l'identité du client **(Chapitre I)**, celles dans lesquelles elle résulte de l'origine des fonds **(Chapitre II)**, et celles dans lesquelles elle résulte de la nature de l'opération **(Chapitre III)**, pour tenter d'aboutir à une synthèse à l'usage du notaire **(Chapitre IV)**.

CHAPITRE I Le client présentant un élément d'extranéité

L'identification du client présentant un élément d'extranéité a fait l'objet de développements dans la deuxième commission (V. *supra*, n^os^ 2114 et s.), auxquels il convient de renvoyer. Reste qu'il faut prendre conscience que le notaire doit se poser un certain nombre de questions lorsqu'il est appelé à réaliser une transaction pour le compte d'un client étranger ou non résident. **4284**

Dans l'hypothèse où le notaire se trouve dans l'impossibilité de procéder aux vérifications obligatoires ou d'identifier son client, le doute se transformera en soupçon, et bien plus, le notaire devra s'abstenir de poursuivre la relation d'affaires, de refuser d'instrumenter, et il sera prudent d'accompagner ce refus d'une déclaration de soupçon.

En effet, l'article L. 516-15, IV du Code monétaire financier énonce que toute opération pour laquelle l'identité du donneur d'ordre ou du bénéficiaire effectif ou du constituant d'un fonds fiduciaire ou de tout autre instrument de gestion d'un patrimoine d'affectation restant douteuse malgré les diligences effectuées doit donner lieu à une déclaration de soupçon.

En outre, le dispositif de lutte contre le blanchiment impose une vigilance accrue lorsque le client ou son représentant légal n'est pas physiquement présent aux fins de l'identification (369). Et l'article R. 561-20 du Code monétaire et financier précise qu'en l'absence du client, outre l'obtention de la copie d'une pièce d'identité, le notaire doit prendre les dispositions spécifiques et adéquates nécessaires, en adoptant des mesures parmi l'une au moins des quatre catégories de mesures suivantes :

1. obtenir des pièces justificatives supplémentaires permettant d'établir l'identité du cocontractant ;

(369) C. monét. fin., art. L. 561-10, 1°.

2. mettre en œuvre des mesures de vérification et de certification de la copie de la pièce officielle d'identité par un tiers indépendant de la personne à identifier ;
3. exiger que le premier paiement des opérations soit effectué par un compte ouvert au nom du client auprès d'un organisme financier établi dans un État membre de la Communauté européenne ou dans un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ;
4. obtenir une attestation de confirmation de l'identité d'un client de la part d'un organisme financier établi dans un État membre de la Communauté européenne ou dans un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen. L'attestation de confirmation est adressée directement par cet organisme à la personne demandant l'identification et précise le nom et les coordonnées du représentant de l'organisme l'ayant délivrée.

4285 Pour les fiducies et les autres structures similaires de gestion d'un patrimoine d'affectation, les bénéficiaires effectifs sont les constituants, les fiduciaires et les bénéficiaires de la structure ainsi que toute personne exerçant un pouvoir de décision sur le fonctionnement de cette structure (370).

L'article L. 561-10, 4° du Code monétaire financier impose au notaire une vigilance particulière lorsque la transaction est une opération effectuée avec des personnes physiques ou morales, y compris leurs filiales ou établissements, domiciliées, enregistrées ou établies dans certains territoires. Sont visés les clients établis dans un État ou un territoire dont les insuffisances de la législation ou les pratiques font obstacle à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. Dit autrement, sont visés les clients domiciliés, enregistrés ou établis dans des « paradis fiscaux » (371).

Il en est notamment ainsi lorsque le client réside dans un État figurant sur la liste des États non coopératifs, liste dressée par l'Union européenne aux termes du règlement délégué (UE) n° 2016/1675 du 14 juillet 2016, mis à jour le 6 mars 2018 par le règlement délégué (UE) n° 2018/212 du 13 décembre 2017. Ces règlements délégués sont consultables sur le portail de l'Union européenne.

À ce jour, les États figurant sur cette liste sont : l'Afghanistan, la Bosnie-Herzégovine, l'Éthiopie, le Guyana, l'Irak, l'Iran, la Corée du Nord, le Laos, le Sri Lanka, la Syrie, Trinidad et Tobago, la Tunisie, l'Ouganda, le Vanuatu et le Yémen.

Il convient de souligner que la liste des pays à risques dressée par le Groupe d'action financière (GAFI), et consultable sur son site (372) présente quelques différences avec celle de l'Union européenne. Cette liste comprend actuellement : les Bahamas, le Botswana, l'Éthiopie, l'Iran, la Corée du Nord, le Pakistan, la Serbie, le Sri Lanka, la Syrie, Trinidad et Tobago, la Tunisie et le Yémen.

Le notaire doit également penser à la liste publiée par l'OCDE, recensant les pays dont les programmes « d'obtention de la résidence ou de la nationalité par l'investissement présentent de hauts risques » d'être détournés de leur objet par les blanchisseurs. Il s'agit ici de lutter contre la vente de « passeports dorés », qui a pris une ampleur considérable ces dernières années (373) dans le but de faciliter les opérations de blanchiment d'argent ou d'échapper à l'impôt.

(370) C. monét. fin., art. R. 561-3, 4°.
(371) C. monét. fin., art. L. 561-15, VI°.
(372) www.fatf-gafi.org
(373) V. J.-B. Chastand, *L'OCDE épingle vingt et un pays qui vendent leur nationalité : Le Monde* 16 oct. 2018.

En soi, l'obtention d'un passeport ou d'une nationalité peut se justifier par le fait de pouvoir voyager plus librement ou de profiter d'un cadre politique stable.

Mais il peut également s'agir d'un détournement du programme ayant pour finalité d'échapper aux échanges automatiques de données entre les autorités fiscales. Ainsi, selon l'article susvisé, « un riche citoyen français qui aurait acheté une deuxième nationalité auprès de Sainte-Lucie et voudrait dissimuler l'argent en Suisse n'aurait qu'à présenter ce second passeport caribéen au banquier suisse pour éviter d'être repéré. Au lieu d'être adressée à la France et au fisc français, l'information sur son compte suisse le serait à Sainte-Lucie... qui s'empresserait de l'enterrer. La France, elle, ignorerait tout du stratagème ». **4286**

On devine aisément que la plupart des États listés par l'OCDE se situent dans les îles caribéennes (Antigua-et-Barbuda, les Bahamas, la Barbade, la Dominique, Grenade, Montserrat, Saint-Kitts-et-Nevis, Sainte-Lucie, les îles Turques-et-Caïques), ou bien dans les océans Indien et Pacifique (les Seychelles, l'île Maurice, et l'archipel du Vanuatu). Mais figurent également sur la liste : les Émirats arabes unis, le Bahreïn, le Qatar, la Colombie, la Malaisie et le Panama. La surprise vient de ce que trois pays européens sont pointés du doigt : Monaco, Chypre et Malte.

Dans un tout autre registre, le dispositif impose au notaire une vigilance renforcée lorsque le client est une personnalité particulièrement exposée.

L'article L. 561-10, 2° du Code monétaire et financier indique qu'il s'agit du client qui est une « personne résidant dans un autre État membre de l'Union européenne ou un pays tiers et qui est exposée à des risques particuliers en raison des fonctions politiques, juridictionnelles ou administratives qu'elle exerce ou a exercées pour le compte d'un autre État ou de celles qu'exercent ou ont exercées des membres directs de sa famille ou des personnes connues pour lui être étroitement associées ».

La notion de personnalité particulièrement exposée a été précisée par la directive 2006/70/CE du 1er août 2006. Aux termes de ce texte, les personnes visées comprennent : les chefs d'État, les chefs de gouvernement, les ministres, ministres délégués et secrétaires d'État ; les parlementaires ; les membres des cours suprêmes, des cours constitutionnelles ou d'autres hautes juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours ; les membres des cours des comptes ou des conseils des banques centrales ; les ambassadeurs, les chargés d'affaires et les officiers supérieurs des forces armées ; les membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance des entreprises publiques.

En ce qui concerne les membres directs de la famille, il s'agit du conjoint, de tout partenaire considéré par le droit interne comme l'équivalent d'un conjoint, les enfants et leurs conjoints ou partenaires et les parents.

Enfin, les personnes connues pour être étroitement associées comprennent : toute personne physique connue pour être le bénéficiaire effectif d'une personne morale ou d'une construction juridique conjointement avec une personne particulièrement exposée ou pour entretenir toute autre relation d'affaires étroite avec une telle personne ; toute personne physique qui est le seul bénéficiaire effectif d'une personne morale ou d'une construction juridique connue pour avoir été établie au profit *de facto* de la personne particulièrement exposée.

Le décret d'application nécessaire à la mise en œuvre de cette disposition est toujours attendu. Mais le notaire devine combien il pourra être difficile de vérifier si le client entre ou pas dans la catégorie de la personne particulièrement exposée, notamment du fait de

l'absence de registre ou de base de données recensant, pour les États membres de l'Union européenne et les pays tiers, les personnes exerçant ou ayant exercé des fonctions susceptibles de les placer parmi les personnes particulièrement exposées.

En pratique, le notaire ne pourra faire l'économie de quelques vérifications sur internet afin de vérifier si le nom du client est ou non trouvé par les moteurs de recherche. Ces investigations ne seront guère facilitées lorsque les pages trouvées par le moteur de recherche ne seront ni rédigées en français ni en une langue connue du notaire.

CHAPITRE II Les fonds en provenance de l'étranger

4287 Bien que les relations financières entre la France et l'étranger soient libres conformément à l'article L. 151-1 du Code monétaire et financier, il convient de vérifier s'il existe un empêchement ou une limitation particulière à l'investissement comme relevant du régime de déclaration et/ou d'autorisation tel que réglementé par l'article L. 151-3 du même code. En effet, sont soumis à autorisation préalable du ministre de l'Économie les investissements en France qui participent à l'exercice de l'autorité publique ou relèvent des activités de nature à porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique ou aux intérêts de la défense nationale ou des activités de recherche, de production ou de commercialisation d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives. Le Code monétaire et financier (374) définit précisément la nature de ces activités.

L'article R. 153-7 du Code monétaire et financier offre au notaire la possibilité de saisir par écrit le ministre de l'Économie et des Finances à l'effet de savoir si l'investissement est soumis à autorisation préalable.

Si les transactions pouvant relever du régime de l'autorisation restent exceptionnelles, il est bien évident que si les fonds sont en provenance d'une banque établie dans un État ou un territoire dont les insuffisances de la législation ou les pratiques font obstacle à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, le notaire doit redoubler de prudence et de discernement. Sur ce point, il est renvoyé à ce qui a été dit ci-dessus au sujet des États listés par l'Union Européenne, le GAFI et l'OCDE.

CHAPITRE III La transaction présentant un élément d'extranéité

4288 Le plus souvent, ce sont les modalités de réalisation de l'opération qui déclencheront la déclaration de soupçon.

À titre d'exemple, dans son rapport d'activité pour l'année 2007 (p. 24), Tracfin indique notamment que « le recours à des sociétés-écrans ainsi qu'à des ventes immobilières constituent les principaux modes opératoires utilisés par les blanchisseurs ».

Dans le même registre, dans son rapport pour 2015, Tracfin vise le cas de l'acquisition *via* une SCI d'une villa moyennant un prix de 2 000 000 €, et indique que « l'interposition d'une société de droit d'un pays du Proche-Orient dans une opération immobilière menée par des particuliers est atypique ».

(374) C. monét. fin., art. R. 153-1 et s.

D'une façon plus générale, un examen renforcé est exigé du notaire par l'article L. 561-10-2, II du Code monétaire et financier, lorsque l'opération est « particulièrement complexe » ou porte sur un « montant inhabituellement élevé » ou ne paraît pas avoir de « justification économique ou d'objet licite ».

Ces critères ne sont pas cumulatifs, de sorte que dès que l'un d'eux est présent, le notaire doit se renseigner auprès du client sur l'origine des fonds, la destination des sommes, l'objet de l'opération et l'identité de la personne qui bénéficie de l'opération. Si les vérifications ne permettent pas au notaire de répondre à la question de la justification apparente de l'opération, une déclaration de soupçon doit être déposée.

Le décret n° 2018-284 du 18 avril 2018, pris en application de l'ordonnance n° 2016-1635 du 1er décembre 2016, complète la transposition de la quatrième directive du 20 mai 2015. L'objectif de ces textes est de placer l'identification du bénéficiaire effectif de l'opération au cœur du dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent. Le décret précise la définition des bénéficiaires effectifs des personnes morales, des placements collectifs, des constructions juridiques de type fiducies ou *trusts*.

De son côté, le Conseil d'État a jugé que « les sommes ou opérations qui, sans justifier directement de soupçons, justifient néanmoins une déclaration dès lors qu'elles se présentent dans des conditions inhabituelles de complexité et ne paraissent pas avoir de justification économique » (375).

Il existe une exception à cette obligation d'identification du bénéficiaire effectif. Il s'agit du cas où le client est un organisme financier établi dans un État membre de la Communauté européenne ou dans certains États (376).

De ce qui précède, il ressort clairement que dès l'instant où la transaction doit être réalisée par l'interposition d'une personne morale de droit étranger ou au moyen d'un montage complexe, la vigilance du notaire doit être renforcée.

CHAPITRE IV Tentative de synthèse à l'usage du notaire

La présente tentative de synthèse s'inspire en partie du règlement de la Chambre nationale des notaires de Belgique, adopté par assemblée générale du 26 avril 2013, modifié par l'assemblée générale du 18 avril 2013, dont l'approche pratique est précieuse. **4289**

Le notaire doit notamment être particulièrement attentif lorsque le client :
- n'habite pas la région dans laquelle se situe son étude, ne fait pas partie de ses relations, fait usage d'un intermédiaire inconnu du notaire, demande au notaire des services qu'un notaire de la région de résidence du client aurait pu rendre (par ex. : le notaire est saisi par un client étranger pour réaliser une acquisition ou une vente d'un immeuble situé dans une région éloignée de celle où exerce le notaire) ;
- change de notaire sans explication valable (par ex. : le notaire est saisi d'une vente ou d'un refinancement par un client étranger d'un immeuble acquis peu de temps auparavant chez un autre notaire d'une autre région) ;
- présente des caractéristiques inhabituelles pour le notaire (par ex. : un client étranger fortuné se portant acquéreur de biens en secteur rural) ;

(375) CE, 3 déc. 2003, n° 244084. – CE, 31 mars 2004, n° 256355.
(376) C. monét. fin., art. R. 563-1, IV.

- réside ou a son domicile dans un pays ou un territoire qualifié de pays ou de territoire non coopératif par le Groupe d'action financière (GAFI) ou à l'égard duquel celui-ci recommande des contre-mesures ou une vigilance renforcée (par ex. : le client dispose de plusieurs nationalités dont certaines « acquises » auprès d'États « à risques ») ;
- est une personne physique dont l'identification a été opérée à distance au vu d'une copie de documents probants (par ex. : le notaire est saisi du dossier par un intermédiaire et n'est pas en contact direct avec le client) ;
- est une personne dont l'identité n'a pas pu être vérifiée, ou lorsque le notaire ne peut identifier le lieu et la date de naissance, ou le domicile (par ex. : le client recourt à des boîtes postales ou à des adresses postales différentes de celle du domicile annoncé ou à d'autres formes de domiciliation de complaisance) ;
- ne semble pas être le bénéficiaire effectif de l'opération (par ex. : une substitution est opérée entre la promesse de vente et la vente au profit d'une société étrangère dont il n'est pas possible d'identifier les associés ; ou encore lorsque le client est accompagné par d'autres personnes dont le rôle n'est pas identifié et qui semblent avoir un intérêt direct dans l'opération) ;
- utilise un *trust*, une fondation, une société *offshore* ou autre structure juridique, *a fortiori* lorsque la réglementation applicable à cette structure juridique est celle de pays ou de territoires non coopératifs, ou encore utilise des structures de groupes artificiellement complexes ;
- se propose de réaliser l'opération au moyen d'un montage « particulièrement complexe » ou que cette opération porte sur un « montant inhabituellement élevé » ou manifestement sous-évalué, ou encore que l'opération ne paraît pas avoir de « justification économique ou d'objet licite » (par ex. : le client ne semble pas disposer des ressources financières en adéquation avec l'opération, comme il peut en être d'une acquisition par une jeune étudiante.

Pour conclure, le notaire devra se livrer à une analyse des différents paramètres de la transaction afin de déterminer s'il est ou non la cible d'une opération de blanchiment. Cette analyse est fondamentale, car elle seule peut permettre de déjouer les pièges tendus par les blanchisseurs, ce qu'aucun système informatique n'est en mesure de faire.

Index alphabétique détaillé

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes

A

Acceptation :
- Acte notarié à l'étranger *2377*
  - Autorité locale *2384 ; 2392*
  - DIP *2380*
  - Pays de *common law 2384*
  - Présomption de validité *2381*
- Reconnaissance d'un jugement *2379*

Accident de la circulation, :
- Conflit de lois *1056*

Acenode : *1683*

Acquéreur :
- Contrat de vente dispositions impératives *4098*
- *Electio juris 2304*
- Interprète *2110*
- Vente immobilière des non-résidents en France *4026*

Acte authentique :
- Acceptation en droit international *2380*
- Annexes *2113*
- Attributs *2005 ; 2015*
- Circulation de l'acte *2318*
  - Au sein de l'UE *2420*
  - DIP de la famille *2424*
  - Hors de l'UE *2401*
  - Principe de légalisation *2320*
  - Reconnaissance ou acceptation *2377*
  - Règlement Bruxelles II bis *2425*
- Comparution *2163*
- Date certaine *2015*
- Date de l'acte *2072*
- Définition *2006*
  - Droit européen *2036*
- Droits matériels étrangers *2096*
- Force exécutoire *2022 ; 2062*
- Force probante *2017*
- Historique *2004*
- Identification *2154 ; 2157*
- Interprète *2108*

- Langue *2103*
  - Bilingue *2111*
- Lieu de signature *2074*
- Mandat *2217*
- Mentions manuscrites *2112*
- Par-devant *2086*
- Parties à l'acte *2114*
- Présence physique *2184*
  - Présence dématérialisée *2185*
- Prix *2291*
- Procuration
  - Forme *2216 ; 2217*
- Suppression de la légalisation ou de l'apostille *2366*
- *Trust*
  - Comparution *2289*

Acte de notoriété :
- Reconnaissance UE *1444*

Acte des institutions de l'UE : *1592 ; 1613*
- Avis *1608*
- Décision *1606*
- Directive *1598*
- Droit dérivé *1590*
- Recommandation *1609*
- Règlement *1593*
- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) *1591*

Acte d'état civil :
- Catégorie de règles de conflit de lois *1112*
- Délivrance de l'état civil aux enfants
  - ANF *1650 ; 1661*
- Jugement étranger *1397*
- Règlement Successions *1339*
- Règles de conflit de lois *1115*

Acte unique européen (AUE). : *1458*

Action déclaratoire en opposabilité ou inopposabilité :
- Jugement étranger *1398*

Activité professionnelle non accessoire : *2451*
- Centre des intérêts économiques *2452*

Adoptant : *3037*

Adopté : *3040*

Adoption :
- Conformité de la décision à l'ordre public international *1375*
- Convention de La Haye *1136*
- Effets du mariage *1131*
- Filiation *1136*
- Internationale *3024*
- *kafala 1035 ; 1052*
- Qualification *1035*
- Règles de conflit de lois *1093 ; 1099*
- Traités *1422 ; 1423*

Adoption internationale :
- Conditions de fond *3036*
- Conflit de lois *3029*
- Consentement du représentant légal *3041*
- Conventions *3027 ; 3028*
- GPA *3062*
- Jugement *3048*
- Notaire *3031*
  - Adoption prononcée à l'étranger *3045*
- Phases de l'adoption *3032*
- PMA *3053*
- Prononcée à l'étranger *3045*
- Sources *3026*

Adulte :
- Accès au droit *1666*
- Comparution *2163 ; 2184*
- Contrat *1122*
- Domicile civil *2441*
- Droit conventionnel *1122*
- Foyer *2448*
- Identification *2115*
- Incapacités spéciales de jouissance *2166*
- Mandat de protection future *2180*
- Mandat d'inaptitude *2178*
  - Absence de publicité *2182*
- Protection des incapables *1118 ; 1122*
  - Capacité d'une personne physique étrangère *2166*
  - Convention no 35 du 13 janvier 2000 *2181*

AFD : *1655*

Agence française pour le développement (AFD) : *1655*

Agences de coopération internationale : *1653*

Aliment :
- Autonomie de la volonté DIP *2095*
- Circulation des décisions *3343*
- Conflit de lois *1141 ; 3091*
- Divorce *3291 ; 3329*
- Effets patrimoniaux du divorce *3332*
- *Prenuptial agreement 3201 ; 3204*
- Suppression de la légalisation ou de l'apostille *2362*

Ameublissement du patrimoine : *4163*
- Anticipation successorale *4162*

Analyse du rapport de droit :
- Modalité de qualification *1049*
- *Ratio legis 1052*

ANF : *1650*

ANME : *1679*

Annexe :
- Acte authentique *2113*
- Traités de l'UE *1565 ; 1568*

Apostille : *2351*
- Autorité de délivrance *2352 ; 2354*
- Client étranger *2184*
- Dispense *2356*
- Personne morale *2288*
- Procuration authentique à l'étranger *2218*
- Union européenne *2370*

Arbitrage : *2305*
- Appellation *2310*
- Arbitre *2313*
- Clause *2317*
- Consentement à l'arbitrage *2317*
- Droit interne, droit international *2307*
- Fonctionnement *2309*
- Notaire *2316*
- Succession *2317*
- Tribunal arbitral *2314*
  - Valeur de la sentence *2315*
- Validité *2312*

ARERT : *1678*
- Certificat successoral européen *1445*

Association des notaires des métropoles européennes (ANME) : *1679*

Association du Centre notarial de droit européen (Acenode) : *1683*

Association du notariat francophone (ANF) : *1650*

Association pour un réseau européen des registres testamentaires (ARERT) : *1678*

Assurance vie : *2620*
- Aspect civil *2622*
  - Vu de l'étranger *2692*
- Clause bénéficiaire démembrée *2646*
- Contrat et 17 /12/2009 *2624 ; 2625*
- Donation déguisée *2688*
- Droit comparé *2632*
- Fiscalité *2633*
  - à l'étranger *2692*
  - en cas de décès *2643*
  - en cas de vie *2636*
- Internationale *2681 ; 2692*
  - Actions judiciaires devant les tribunaux français *2684*
  - Conflits de juridictions *2682*
  - Requalification en donation déguisée *2688*
- Loi applicable *2624*
- Luxembourg *2670*
- Obligations fiscales des résidents français *2667*
- Plafond d'exonération *2645*
- Présomption de revenus *2667*
- Quasi-usufruit *2646*
- Rachat *2636*
- Résidence secondaire *2628*

AUE : *1458*

Authenticité :
- Autorité locale *2384 ; 2392*
- *Notary public 2219*
- Pays connaissant le notariat latin *2218*
- Pays non latin *2219*

Autonomie de la volonté : *1097*
- DIP *2090*
- Rattachement subjectif *1066*
- Vente d'immeuble à l'international *4043*
  - Limites *4051 ; 4077*
  - Résidence habituelle du consommateur *4079*

Autorité parentale :
- Compétence
  - Règlement Bruxelles II bis *2238*
- Loi applicable *2229*
- Mineur *2220 ; 2223*
- Pratique notariale *2225*
- Règlement de l'Union européenne *1220*

Avis :
- Union européenne *1611*

B

Banque :
- Déclaration des comptes ouverts à l'étranger *2294*
- Transferts de fonds *2292*

Banque centrale européenne (BCE) : *1479*

Banque européenne d'investissement (BEI) : *1485*

Barrister : *2390*

BCE : *1479*

BEI : *1485*

Bien immeuble :
- Acquisition par un Français à l'étranger *4139*
- Conflit de lois *1007 ; 1172*
  - Évolutions des règles *1098*
- Consommateur immobilier *4205*
  - Loi de police *4221 ; 4223*
  - Protection *4215*
  - Usure *4223*
- Détention, revente d'un immeuble par un Français à l'étranger *4150*
  - Mode de détention *4154*
- IFI *2523*
  - Assiette *2527*
  - Double imposition *2531*
  - Fiscalité internationale *2523*
  - Personnes imposables *2524*

- Immunité des organisations internationales *1278*
- *Lex rei sitae 1007*
- Non-résidents
  - Vente à l'international *4002*
- Plus-value internationale *2502 ; 2506*
  - Cas pratiques de liquidation *2506*
- Qualification *lege fori 1022*
- Rattachement *1058*
  - Critères *1018*
  - modification frauduleuse du critère *1084*
- Règlement partenariats enregistrés *1259*
- Revenus fonciers
  - Convention fiscale *2516*
  - Personne morale *2519*
  - Résident fiscal étranger *2517*
- Succession
  - Changement de la règle de conflit *1078*

Bien incorporel :
- Conflit de lois *1174*
- Rattachement *1059*
- Siège de droit *1060*

Bien meuble :
- Ameublissement du patrimoine *4162*
- Conflit de lois *1171 ; 1173*
- Conflit mobile *1080*
- Fraude à la loi *1108*
- Qualification *lege fori 1160*
- Rapport de droit *1059*
  - Localisation *1060*
- Rattachement *1059*

Binationalité :
- État civil *2122*

Blanchiment : *4283*

Brevet :
- Compétence judiciaire *1197*

C

Capacité :
- Adoption *3034*
- Catégorie de règles de conflit de lois *1112 ; 2169*
- Mariage *3138 ; 3182*
- Personne physique étrangère *2166*
- Protection internationale d'une personne adulte vulnérable *2174*

Catégories du droit international privé : *1028*

Cautionnement : *4254*
- Loi applicable *4047 ; 4254*
- Opération de banque *4194*
- Rattachement *4070*

CdC : *1483*

CdR : *1491*

CECA : *1454*

CEDH :
- Hiérarchie des normes *1429*

CEE : *1455*

Centre des intérêts économiques : *2452*

Centre des intérêts vitaux : *2459*

Certificat de coutume : *2411*

Certificat successoral européen (CSE) : *1229 ; 1445*
- ARERT *1678*
- Compétence territoriale *3442*
- Conflit de lois *1110*
- Contenu *3448*
- Dévolution successorale *3440*
- Disposition testamentaire étrangère *3433*

CESE : *1489*

Cessation de paiement : *2285*

Cession de créance : *4094*

Changement :
- Partenariat à l'étranger *2146*
- Régime matrimonial à l'étranger *2144*

Circulation internationale de l'acte notarié : *2376*
- Au sein de l'UE *2420*
- DIP de la famille *2424*
- Hors de l'UE *2401*
- Principe de légalisation *2320*
- Reconnaissance mutuelle *2420*
- Reconnaissance ou acceptation *2377*

CJUE : *1475*
- Droit subsidiaire *1619*
- Interprétation et qualification *1040 ; 1043*
- Médiateur *1494*
- Règle de droit *1555*

Classification :
- Catégories *1052*

Clause attributive de juridiction : *1283 ; 2304*

Clause bénéficiaire démembrée :
- Cas pratique *2647*
- Démembrement *2651*
- Fiscalité de l'assurance vie *2646 ; 2647*

Clause compromissoire : *2304 ; 2305*
- Appellation *2310*
- Arbitre *2313*

- Clause *2317*
- Consentement à l'arbitrage *2317*
- Droit interne, droit international *2307*
- Fonctionnement de l'arbitrage *2309*
- Notaire *2316*
- Succession *2317*
- Tribunal arbitral *2314*
  - Valeur de la sentence *2315*
- Validité *2312*

Clause d'arbitrage : *1292 ; 2305*

Clause de désignation de loi :
- Procurations *2212*

Clause d'élection :
- Juge choisi *1194 ; 2304*

Clause de participations croisées : *4167*

Clause de tontine : *4166*

Clause d'exception : *1096*

CNUE : *1649*

Comité des régions (CdR) : *1491*

Comité économique et social européen (CESE) : *1489*

Commission européenne : *1471*
- Acte délégué *1516*
- Acte d'exécution *1515*
- Initiative législative *1501*
- Rôle *1514*
  - Comités techniques *1522*

Communauté économique européenne (CEE) : *1455*

Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA), : *1454*

Comparution :
- *Legal opinion 2288*
- Majeur *2164*
- Personne vulnérable *2180*
- Présence physique *2184*
- Société étrangère *2286*
- *Trust 2289*
- Visioconférence *2187*

Compétence :
- Au sein de l'UE *1465 ; 1526*
- Exercice des compétences au sein de l'UE *1534*
- Institutions communautaires *1465*
- Juge étranger *1367*
- Juge français *1192*
- Mineur *2243*

Compétence internationale du notaire : *2051*
- Exception à la compétence internationale *2054*

- Mineur *2243 ; 2244*
- Portée *2052*

Compétence d'exécution :
- Définition *1519*

Compromis :
- Arbitre *2313*
- Clause *2317*
- Consentement à l'arbitrage *2317*
- Droit interne, droit international *2307*
- Fonctionnement *2309*
- Notaire *2316*
- Succession *2317*
- Tribunal arbitral *2314*
  - Valeur de la sentence *2315*
- Validité *2312*

Compte bancaire :
- Déclaration des comptes ouverts à l'étranger *2294*

Concubinage : *3080*
- Reconnaissance *3097*

Confidentialité :
- Arbitrage *2309 ; 2313*
- Assurance vie *2671 ; 2672*
- *Trust 2574*

Conflit de juridictions : *1004 ; 1178*
- Assurance vie *2682*
- Compétence judiciaire et exécution des décisions *1319*
- Sources *1418*

Conflit de lois : *1004*
- Adoption *3029*
- Catégories de rattachement *1007*
- Divorce *3291*
- Donation-partage *3551*
- Extranéité *1015*
- Fraude à la loi *1083 ; 1108*
- Historique-Méthode conflictuelle *1007*
- Partenariat enregistré *3109*
- Reconnaissance *3020*
- Régime matrimonial *3160*
- Règles de conflit
  - Autonomie de la volonté *1097*
  - Coloration matérielle *1098*
  - Méthode bilatérale *1092*
  - Méthode conflictuelle *1101*
  - Méthode unilatérale *1093*
  - Principales règles *1111*
  - Principe de la proximité *1095*
  - Rattachement *1053*
- Succession *3377*

Conflit mobile :
- Critère changeant *1080*
- Rattachement *1078*

Connexité : *1413*

Conseil des notariats de l'Union européenne (CNUE) : *1649*

Conseil et Conseil européen : *1469*

Conseil supérieur du notariat, :
- Organisations internationales *1651*

Consommateur :
- Clauses d'élection de *for* possibles *4239*
- Contrat de consommation
  - Rattachement *4071*
- Prêt à une personne physique *4234*
  - Résidant en France *4244*
- Protection en matière de contrat de consommation *1200*
- Vente immobilière
  - Définition du consommateur immobilier *4205*
  - Loi de police *4221 ; 4223*
  - Protection *4212 ; 4215*
  - Usure *4223*

Constitution de société : *2263*

Constitution pour l'Europe : *1462*

Contestation de l'acte notarié étranger : *2397*

Contrat :
- Effets *4093*
- *Electio juris 2304*
- Exécution du contrat *4255*
  - *Exequatur 4258*
  - Force exécutoire *4257*
- Formation du contrat *4091*
- Loi applicable *4090*
- Loi d'autonomie *2303*
- Mise en exécution de l'acte notarié *4269*
- Nullité *4093*
- Publicité foncière *4272*
- Rattachement
  - Modification *1076*
  - Prestation caractéristique *1060*
  - Subjectif *1072*
- Titre exécutoire *4268*
- *Trust 2289*

Contrat d'assurance :
- Compétence judiciaire *1199*

Contrat de consommation :
- Compétence judiciaire *1200*
- Rattachement spécial *4071*

Contrat de mariage :
- Acte *3180*
- Changement de loi applicable au régime matrimonial *3248*
- Loi choisie *3173*
- Loi d'autonomie *2303*
- Reconnaissance internationale *3208*
- Types de contrat *3209*
- Vente d'immeuble à l'international *4002*

Contrat de prêt :
- Clauses attributives de juridiction *4227*
  - État tiers *4243*
- Conflit mobile *1080*
- Formation *4201*
- Garanties *4246*
- Hypothèque conventionnelle *4253*
- Loi applicable au contrat *4040*
- Offre obligatoire de prêt *4208*
- Prêteur étranger *4211*
- Prêts usuraires *4210*
- Privilège de prêteur de deniers *4252*
- Privilège du vendeur *4251*
- Protection de l'emprunteur *1201 ; 4205*
- Sûretés personnelles *4254*
- Sûretés réelles conventionnelles *4247*

Contrat de représentation :
- Loi d'autonomie *2303*

Contrat de travail :
- Compensation fiscale *2546*
- Compétence judiciaire *1204*
- Contrat local *2536*
- Détachement *2535*
- Égalisation fiscale *2545*
- Expatrié *2542*
- Lieu d'imposition
  - Droit conventionnel *2544*
- Mise à disposition de personnel *2537*
- Protection sociale du salarié en mobilité internationale *2555*
- Rémunération optimisée *2539*

Contrat de vente :
- Autonomie de la volonté *4043*
  - Limites *4051*
- Effets *4093*
- Loi applicable *4041*
- Nullité *4093*
- Protection du consommateur *4071*
- Rattachement *4054 ; 4063*
  - Clause d'exception *4070*
  - Spécial *4071*
- Transmission des obligations *4094*

Contrôle de la conventionnalité :
- Hiérarchie des normes *1428*

Contrôle de la subsidiarité : *1540*

Convention d'arbitrage :
- Appellation *2310*
- Arbitre *2313*
- Clause *2317*
- Consentement à l'arbitrage *2317*
- Droit interne, droit international *2307*
- Fonctionnement *2309*
- Notaire *2316*
- Succession *2317*
- Tribunal arbitral *2314*
  - Valeur de la sentence *2315*
- Validité *2312*

Convention de La Haye : *1168*
- Adoption internationale *1136*
- Aliment *1142*
- Autorité parentale *1135*
- Dissolution du mariage *1137*
- Doctrine universaliste *1012*
- Domicile *1062*
- Interprétation *1040*
- Majeur *1120*
- Mineur *1120*
- Nationalité *1063*
- Pluralité de facteurs de rattachement *1063*
- Protection des enfants *1136*
- Rattachement subjectif *1069*
- Régime matrimonial *1145*

Convention de Lugano : *1248 ; 1361*
- Contrat de prêt *4230*

Convention fiscale internationale : *2481*
- Définition des termes *2486*
- Domicile fiscal *3514*
- Donation *3532 ; 3533*
- Double imposition *2490*
- Guide de lecture *2482*
- IFI *2531*
- Interprétation *2499*
- Modèle OCDE *2457 ; 2463*
- Plus-value *2503*
- Répartition du droit d'imposer *2489*
- Résidence du contribuable *2488*
- Signées avec la France en matière de succession et de donation *3541*
- Succession *3477 ; 3512*
  - Répartition des dettes *3523*

Coopération internationale :
- Identité des règles *1548*
- Notariat *1669*

Coopération renforcée : *1550*

Couple marié : *3127*
- Conditions du mariage *3140*

- Contrat de mariage *3180 ; 3218*
- Effets du mariage *3150*
  - Conflit de lois *1131 ; 3151*
  - Rattachement *1057*
  - Régime primaire impératif *3154*
- Filiation paternelle *3009*
- Formalités *3138*
- GPA *3062*
- Lieu de célébration du mariage *3131*
  - Consulat *3134*
- Loi applicable au régime matrimonial *3276*
- Loi nationale *3140*
- Mariage à l'étranger *3136*
  - Personnes de même sexe *3147*
- Mariage polygamique *3148*
- Personnes de même sexe *3144*
  - Mariage en France *3145*
  - Reconnaissance des mariages à l'étranger *3147*
- Régime matrimonial *3160*
  - Loi choisie *3173*
- Règles de conflit de lois *1128*
- Règles spéciales de transcription sur les registres d'état civil *2135*
- Religieux (mariage) *1031*
- Répudiations musulmanes *3323*
- Transcription du mariage *3139*
- Validité du mariage *3129*

Couple non marié : *3079*
- Partenariat enregistré *3082*
- Séparation *3277*
- Union de fait *3080*

Cour d'arbitrage internationale de La Haye. : *1449*

Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) : *1466 ; 1475*
- Droit subsidiaire *1619*
- Interprétation et qualification *1040 ; 1043*
- Médiateur *1494*
- Règle de droit *1555*

Cour de Luxembourg : *1040*
- Interprétation *1040*
- Méthode de la qualification autonome *1041*

Cour des comptes (CdC) : *1483*

Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) :
- Contrôle de conventionnalité *1430*

Créance :
- Conflit de lois *1176*

Crédit hypothécaire :
- Protection de l'emprunteur *4212*

Critère de rattachement :
- Fraude *1082 ; 1108*
- Modification *1077*

CSE : *1229 ; 1445*

CSN :
- Organisations internationales *1651*

CSN international : *1675*

D

Date certaine :
- Acte authentique *2015*
- Date de l'acte *2072*

Décès :
- Transcription d'un décès survenu à l'étranger *2151*

Décision :
- Portée *1606*

Déclaration :
- Traités de l'UE *1565 ; 1570*

Démembrement de propriété à l'international : *3552 ; 4188*
- Assurance vie *2646 ; 2650*
- Dissolution du *trust 2619*
- Liquidation d'une succession *2647*
- Reconnaissance à l'étranger *4189 ; 4190*

Démocratie :
- Valeur fondatrice de l'Union *1642*

Détachement :
- Contrat de travail *2535*
- Protection sociale du salarié en mobilité internationale *2557*

Détention :
- Acquisition *4028*
- Démembrement de propriété *4188*
- Directe *4169*
- *Exit tax 2511*
- Immeuble à l'étranger *4150 ; 4154*
- Indirecte *3491*
- Modalités *4154*
- Protection *4159*
- SCI *4177*
  - Information *4181*
  - Taxation des revenus immobiliers *4184*

Devoir de conseil du notaire : *2063*
- Interprète *2110*

Dévolution successorale :
- Effets à l'étranger *3424*

Dignité humaine :
- Valeur fondatrice de l'Union *1640*

DIP :
- Auteurs *1009*
- Catégories *1027*
- Définition *1002*
- Distinction droit comparé *1003*
- Doctrines *1008*
  - Particularistes *1011*
  - Statuts *1009*
  - Territoriales *1010*
  - Universalistes *1012*
- Sources du droit *1418*

Directive :
- Portée *1598*

Discrimination :
- Principes et droits protecteurs *1644*
- Valeur de l'UE *1643*

Divorce : *1137 ; 1140 ; 1228*
- Action déclaratoire en opposabilité ou inopposabilité *1398*
- Autonomie de la volonté *1097 ; 3292*
  - Droit européen *2093*
- Autorité parentale *1221*
- Choix du juge étranger *1370 ; 2304*
  - Reconnaissance *3322*
- Circulation du divorce *3310*
  - Aliments *3343*
- Clauses d'arbitrage *1298*
- Compétence du notaire *3303*
  - Reconnaissance et exécution *3310*
- Compétence judiciaire *3282*
- Conflit de juridiction *3280*
- Conflit de lois *1137 ; 3291*
- Contrôle de l'efficacité des jugements européens *1328*
- Conventionnel *3300*
  - Effets à l'étranger *3326*
  - Loi applicable *3308*
- Conventions internationales et les règlements européens *1318*
- Effets du jugement de divorce *3311*
  - Divorce conventionnel *3326*
  - Hors UE *3321*
  - Pays de l'UE *3313*
- Effets patrimoniaux *3331*
  - Aliments *3332*
  - Circulation des décisions *3343*
  - Compétence et élection de *for 3339*
  - Loi applicable *3340*
  - Règlements UE *3333*
- *Eurostar 3290*
- *Exequatur 1328*
- Force exécutoire *1342*
- JaFBase *1685*
- Juge compétent *1222 ; 1370*
  - Effet du jugement *3311*

  - Procédure *3279*
  - Prorogation de compétence *2250*
- Liquidation *3345*
- Loi applicable *3292 ; 3295*
  - Divorce conventionnel *3308*
  - Règle de rattachement *3298*
- Mise en œuvre *3298*
- Notaire *3303*
  - Liquidation *3344*
- Ordre public français en matière internationale *1105 ; 1377*
- Partage *3344*
- Qualification *1026*
- Rattachement *1057*
  - Modification frauduleuse du critère *1082 ; 1108*
- Reconnaissance du divorce *3322*
- Règlement de l'Union européenne *1220 ; 1228*
- Règles de conflit *1091 ; 3280*
- *Thalys 3290*

Domicile :
- Aliment *1142*
- Capacité *1119*
- Changement de domicile et fiscalité *2442*
- Conflit de lois *1010*
  - Principe de la proximité *1095*
- Conflit mobile *1080*
- Contrat de consommation *1203*
- Créance *1176*
- Définition du domicile civil *2441*
- Définition du facteur de rattachement *1062*
- Divorce *1138*
- Domicile fiscal *2441 ; 2443*
- Effets du mariage *3151*
- *Exequatur 1402*
- *Exit tax 2508*
- Facteur de rattachement *1062*
- Juge compétent *1222*
- Majeur *1122*
- Mariage *1129*
- Mineur *1120*
- Modification du rattachement *1078*
  - Fraude *1084*
- Obligations *1163 ; 1167*
- Prestation caractéristique *1060 ; 1068*
- Protection des incapables *1119*
- Qualification *1018*
- Régime matrimonial *1145 ; 1148*
- Règlement partenariat enregistré *1242*
- Règles de conflit de lois *1110*
  - Statut personnel *1114*
- Résidence fiscale *2445*
- Succession *1062*
- Transfert de domicile fiscal *2509*

Donation :
- Autonomie de la volonté *3561*
- Convention internationale *3533*
  - Conventions signées *3541*
  - Méthode de l'exonération *3526*
- Définition du domicile fiscal *3514*
- Donation-partage *3551*
- Entre époux *3546*
- Fiscalité internationale *3462 ; 3531*
- Hors convention fiscale internationale *3532*
- Obligations déclaratives *3539*
- Opportunité fiscale *3559*
- Rapport fiscal des donations *3475 ; 3509*
- Régime matrimonial *3464*
- Succession *3466*

Donation de bien présents :
- Loi d'autonomie *2303*
- Obligations déclaratives *3537 ; 3539*

Donation déguisée :
- Assurance vie *2688*

Donation internationale (fiscalité) : *3531*

Double exonération fiscale : *2476*

Double imposition : *2465*
- Convention fiscale internationale *2490*

Droit dérivé :
- Actes unilatéraux de l'UE *1555*

Droit fondamental :
- Principe constitutionnel *1634*

Droit immobilier :
- Compétence judiciaire *1197*

Droit international privé :
- Conflit de juridictions *1004*
- Conflit de lois *1004*
  - Catégories de rattachement *1007*
- Définition *1002*
- Distinction droit comparé *1003*

Droit international public :
- Définition *1003*

Droit matériel étranger :
- Acte authentique *2096*

Droit musulman : *2392*
- *Adouls 2394*
- *Cadis 2395*

Droit primaire :
- Traité *1555*

Droit réel :
- Conflit de lois *1013 ; 1172*
- Loi applicable *1163*
- Rattachement *1057*
  - Objectif *1058*

Droit subsidiaire :
- Droit de l'UE et sources *1619*

E

Effet du mariage :
- Conflit de lois *1131*
- Conflit mobile *1080*
- Rattachement *1057*

Égalité :
- Valeur de l'UE *1643*

Electio juris : *2304*

Élément d'extranéité :
- Analyse de la situation maritale des parties *4007*
- Binationalité *2122*
- Blanchiment *4283 ; 4284*
- Connaissance des droits étrangers *2099*
- Contrat de vente *4040*
- *Exequatur 1400*
- Jurisprudence en France *1253*
- Notaire *1443*
  - Prix de vente *4111*
  - SCI *4165*
- Office du juge *1436*
- Règlement Successions *1229*
- Succession internationale *3375*
- Sûretés
  - *Lex concursus 4250*
- Transaction avec élément d'extranéité *4288*
- Vente d'immeuble à l'étranger
  - Pacte tontinier *4172*
  - Paiement du prix *4120*
  - Points de contrôle *4007*
  - Redevable de la TVA *4014*

Enfant :
- Aliments *1142*
- Autorité parentale *2223*
  - Prorogation volontaire de compétence *2250*
- Capacité *1118 ; 2221*
- Changement de résidence *2244*
- Choix de la loi qui sert les intérêts matériels *1069*
- Comparution à l'acte *2163*
- Conventions internationales *1120 ; 1424 ; 2224*
  - Conventions de La Haye *2225 ; 2226*
- Domicile civil *2441*

- Erreur excusable *2221*
- Filiation adoptive *1136*
- Foyer fiscal *2447 ; 2448*
- Gestion des biens *2220*
- Immunité juridictionnelle *1269*
- Intérêts à protéger *2253*
- Juridiction compétente *2243*
  - Domicile *2244*
- Loi de la résidence habituelle *2231*
- Modalités de représentation *2220*
- Parent *2230*
- Protection des mineurs *1114 ; 1666*
  - Autorités compétentes *2228*
  - Exécution des mesures *2235*
  - Loi applicable *2229*
- Reconnaissance et exécution des mesures de protection *2235*
- Responsabilité parentale *2230 ; 2239*
  - Règlement Bruxelles II bis *2238*
- Succession
  - Binationalité *2255*

Époux :
- Choix du juge, divorce *2304*
- Indication du régime matrimonial *2260*

Erreur excusable : *2221*

Établissement de crédit :
- Conditions d'accès des établissements non européens *4200*
- Registre des agents financiers Regafi *4196*

État civil :
- à l'étranger *2117*
- Catégorie de règles de conflit de lois *1112*
- Délivrance de l'état civil aux enfants
  - ANF *1650 ; 1661*
- Francisation du nom *2124*
- Identification des personnes à l'étranger *2117*
- Jugement étranger *1397*
- Particularités en matière d'état civil dans un contexte international *2121 ; 2126*
- Règlement Successions *1339*
- Règles de conflit de lois *1115*
- Règles spéciales de transcription sur les registres *2135*
- Répertoire civil annexe *2144*
- Transcription d'un décès survenu à l'étranger *2151*

EUFides : *1680*

Exequatur : *1374 ; 1391*
- Confiance mutuelle UE *4261*
- Extranéité *1400*
- Force exécutoire du contrat *4258*
- Procédure *1400 ; 4260*
- Reconnaissance de plein droit *1393*
- Titre européen exécutoire *1447*

Exit tax : *2508*
- Assiette *2511*
- Imposition immédiate *2510 ; 2512*
- Sursis de paiement *2513*
- Transfert de domicile *2509*

Expatriation :
- Assurance vie *2622*
  - Luxembourg *2673*
- Lieu de signature de l'acte *2077*
- Lieu d'imposition du salarié *2542 ; 2544*
- Protection sociale du salarié *2557*

Extranéité : *1015*
- Analyse de la situation maritale des parties *4007*
- Binationalité *2122*
- Blanchiment *4283 ; 4284*
- Connaissance des droits étrangers *2099*
- Contrat de vente *4040*
- *Exequatur 1400*
- Jurisprudence en France *1253*
- Notaire *1443*
  - Prix de vente *4111*
  - SCI *4165*
- Office du juge *1436*
- Règlement Successions *1229*
- Succession internationale *3375*
- Sûretés
  - *Lex concursus 4250*
- Transaction avec élément d'extranéité *4288*
- Vente d'immeuble à l'étranger
  - Pacte tontinier *4172*
  - Paiement du prix *4120*
  - Points de contrôle *4007*
  - Redevable de la TVA *4014*

F

Facteur de rattachement :
- Absence de facteur *1065*
- Définition du critère de rattachement *1062*
- Pluralité de facteurs *1063*

Famille :
- Adoption internationale *3024*
- Catégorie de règles de conflit de lois *1112*
- Filiation *3002*
- Foyer fiscal *2446*
- Patrimoine familial *1144*
- Règles de conflit de lois *1125*

Filiation :
- Conflit de lois *1132*
- Conflit mobile *1080 ; 3015*

- Établissement *3005*
  - La loi *3005 ; 3006*
  - Reconnaissance *3019*
- Exception d'ordre public international *3017*
- Loi applicable *3014*
- Maternelle *3007*
- Paternelle *3008*
- Possession d'état *3022*
- Présomption de paternité *3009*
  - Rétablissement *3011*
- Renvoi *3016*

Filiation adoptive :
- Conflit de lois *1136*

Filiation biologique :
- Conflit de lois *1134*

Financement à l'international : *4191*
- Contrat de prêt
  - Formation *4201*
  - Protection de l'emprunteur *4205*
- Définition de l'établissement de crédit *4197*

Fiscalité internationale : *2428*
- Convention fiscale internationale *2481*
- *Exit tax 2508 ; 2511*
- Modèle de convention OCDE *2457 ; 2463 ; 2479*
- Patrimoine *2515*
- Plus-value *2501*
- Revenus fonciers *2515*
- Territorialité *2429*

Fonction :
- Institutions et organes politiques UE *1467 ; 1497*

Fonction d'identification :
- Capacité du mineur *2221*
- État civil à l'étranger *2117*
- Identité des personnes à l'étranger *2116*
- Moyen d'identification électronique *2155*
- Obligation du notaire *2115*
- Pièces justificatives de l'identité d'une personne *2153*
  - Pièce d'identité numérique néerlandaise *2158*

Fonctionnement de l'Union européenne : *1463*

Fondation pour le droit continental : *1654*

Fonds :
- Blanchiment *4287*
- Déclaration des comptes ouverts à l'étranger *2294*
- Transfert à l'étranger *2292*

For : *1103*
- Aliments *1142*
- Attribution de juridiction *1285 ; 2304*
- Autonomie de la volonté *1097*
- Catégorie du *for 1052*

- Clause type *2304*
- Contrat de prêt *4239*
- Dissolution du mariage *1138*
- Effets du mariage *1131*
- Nationalité *1064*
- Ordre public français en matière internationale *1105*
- Pluralité de facteurs de rattachement *1063*
- Qualification *1019*
- Rattachement *1053*
- Règlement Successions *1159*
- Règles de conflit *1092*
- Renvoi *1103 ; 1104*
- Statut personnel *1057*
- Vente d'immeuble à l'international *4088*

Force exécutoire :
- Acte authentique *2022 ; 2366*
- Confiance mutuelle UE *4261*
- Constatation internationale *4256*
- Divorce *3311*
- Extranéité *1400*
- Force exécutoire du contrat *4258*
- Notaire *2062*
- *Notary public 2387*
- Procédure *1400 ; 4260*
- Procédure d'*exequatur 1400*
- Reconnaissance de plein droit *1393*
- Règlements UE *1341*
  - Règlement succession *2426*
- Titre européen exécutoire *1447*
- Valeur de la sentence arbitrale *2315*

Force probante :
- Acte authentique *2017*

Formalités :
- Accomplissement des formalités *4273*
- Immobilier à l'étranger et notaire *4128*
- Légalisation *2347*
- Partage global *4280*
- Réitération *4274*
- *Trust 2570 ; 4281*

Foyer fiscal : *2446*
- Modèle OCDE *2458*

Francisation du nom : *2124*

Fraude à la loi : *1108*
- Conflit de lois *1101*
- Élément de rattachement *1082*
- Obstacles à l'application de la loi étrangère *2416*
- Ordre public international *1388*

G

Garantie :
- Biens incorporels *1176*
- Conflits de qualification des biens *3516*
- Conflits mobiles *1080*
- Contrat de prêt *4246*
- *Exit tax 2513*
- Fondamentale de procédure *1383*
- Sûretés conventionnelles *4248*
- Sûretés personnelles *4254*

Gestation pour autrui : *3062*

GPA : *3062*

Groupe de sociétés :
- Nationalité *2276*

H

Harmonisation des solutions :
- Rattachement *1032*

Haut représentant de l'Union européenne (HRUE) : *1473*

Héritage :
- Actes à dresser *3435 ; 3439*
- Aide à la détermination de la résidence habituelle *3407*
- Arbitrage des litiges *2317*
- Catégorie de règles de conflit de lois *1112*
- Certificat successoral européen *1158 ; 1229*
  - Dernière résidence habituelle du défunt *1159*
- Compétence juridictionnelle *3451 ; 3454*
- Conflit de lois *3350*
  - Validité au fond du choix de loi *3401*
- Décès (date) *3386*
- Dernière résidence *3354 ; 3358*
- Dévolution successorale *3440 ; 3450*
- Domicile *3358 ; 3361*
- Établissement des actes dévolutifs *3425*
- Extranéité *3368*
  - Éléments *3375*
- Fiscalité des successions *3463*
  - Convention fiscale *3477 ; 3512*
  - Internationales *3476*
- Loi applicable *3377*
  - Validité au fond du choix de loi *3401*
- Loi d'autonomie *2303*
- Loi de police *3379*
- Mineur binational *2255*
- Nationalité *3353 ; 3371*
  - Immeubles *3362 ; 3382*
  - Meubles *3363*
- Ordre public international *3419*

- Pacte successoral *3392*
- Rattachement *1062 ; 3351 ; 3365*
  - Fraude à la loi *3410*
  - Renvoi *3411 ; 3418*
- Règlement UE succession *1229 ; 1338*
- Renvoi *3418*
- Réserve héréditaire *3422*
- Résidence habituelle *3355 ; 3407*
  - Aide à la détermination de la résidence habituelle *3407*
- Suppression de la légalisation ou de l'apostille *2363*
- Tableau synoptique récapitulatif de la matière successorale *3540*
- Testament conjonctif *3391*
- Traitement d'une succession internationale *3366*
- *Trust 2591 ; 2613*

HRUE : *1473*

Hypothèque conventionnelle : *4253*

I

Identification :
- Capacité du mineur *2221*
- État civil à l'étranger *2117*
- Identité des personnes à l'étranger *2116*
- Moyen d'identification électronique *2155*
- Obligation du notaire *2115*
- Pièces justificatives de l'identité d'une personne *2153*
  - Pièce d'identité numérique néerlandaise *2158*

IFI :
- Assiette *2527*
- Double imposition *2531*
  - Imputation *2471*
- Fiscalité internationale *2523*
- Non-résident *4029*
- Personnes imposables *2524*
- *Trust 2599 ; 2607*

IIHN : *1652*

Immeuble :
- Acquisition par un Français à l'étranger *4139*
  - Via une société *4177*
- Anticipation successorale *4160*
- Conflit de lois *1007 ; 1172*
  - Évolutions des règles *1098*
- Consommateur immobilier *4205*
  - Loi de police *4221 ; 4223*
  - Protection *4215*
  - Usure *4223*
- Détention, revente d'un immeuble par un Français à l'étranger *4150*
  - Mode de détention *4154*
  - Société *4181*
  - Transmission *4160*

- IFI *2523*
- Immunité des organisations internationales *1278*
- *Lex rei sitae 1007*
- Liquidation en cas de divorce *3344*
- Non-résident, taxe 3 % *2532*
  - Vente à l'international *4002*
- Plus-value internationale *2502 ; 2506*
  - Cas pratiques de liquidation *2506*
- Qualification *lege fori 1022*
- Rattachement *1058*
  - Critères *1018*
  - modification frauduleuse du critère *1084*
- Règlement partenariats enregistrés *1259*
- Société *4177*
- Succession
  - Changement de la règle de conflit *1078*

Immunité de juridiction : *1267*

Impôt sur la fortune immobilière (IFI) :
- Assiette *2527*
- Double imposition *2531*
- Fiscalité internationale *2523*
- Personnes imposables *2524*

Incapacité spéciale :
- de jouissance *2166*
- Règles de conflit de lois *1118 ; 2169*

Incorporation :
- Sociétés *2268*

INEI : *1651*

Institut de recherche et d'études notariales européen (IRENE) : *1651*

Institut international d'histoire du notariat (IIHN) : *1652*

Institutions au sein de l'Union européenne : *1466*
- Banque centrale européenne (BCE) *1479*
- Banque européenne d'investissement (BEI) *1485*
- Comité des régions (CdR) *1491*
- Comité économique et social européen (CESE) *1489*
- Commission européenne (CE) *1471*
- Compétences *1465*
- Conseils *1469*
- Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) *1475*
- Cour des comptes (CdC) *1483*
- Haut représentant de l'Union européenne (HRUE) *1473*
- Médiateur européen *1493*
- Parlement européen *1468*
- Répartition des fonctions *1497*
- Service européen pour l'action extérieure (SEAE) *1474*

Institut notarial de droit européen et international (INEI) : *1651*

Interprétation :
- Commune *1042*

- Convention *1039*
  - Convention fiscale internationale *2499*
- Cour de justice de l'Union européenne *1040 ; 1620*
- Cour de Luxembourg *1040*
- Juge *1620 ; 1621*
- Méthode du juge *1620*
- Principes généraux du droit *1629 ; 1635*
- Qualification *1038*
- Traités *1435*

Interprète : *2108*

IRENE : *1651*

J

JaFBase : *1685*

JCI : *1656*

Joint tenancy : *4176*

Juge :
- Compétence internationale *1181 ; 1255*
  - Mineur *2243*
- Conflits de juridictions *1178*
- Connexité *1413*
- Contrôle de conventionnalité *1429 ; 1431*
- Décisions étrangères *1319*
  - Régularité *1365*
- Divorce *1222*
  - Prorogation de compétence *2250*
- Éléments d'extranéité *1436*
- Interprétation *1620*
  - Droits fondamentaux de la personne *1634*
  - Méthodes *1621 ; 1622*
  - Principes généraux du droit *1630 ; 1635*
- Mineur *2243*
- Partenariat enregistré *1243*
- Pluralité de facteurs de rattachement *1063*
- Principe de la proximité *1095*
- Procédure d'*exequatur 1400*
- Prorogation de compétence *2250*
- Rapport de droit *1044*
- Rattachement objectif *1056*
- Rattachement subjectif *1066*
  - Loi la plus juste *1068*
- Règle de conflit de lois *1103*
  - Renvoi *1104*
- Succession *1231*

Jugement étranger : *1390*
- Absence de fraude *1387*
- Ordre public de procédure *1382*
- Procédures indépendantes d'un *exequatur 1393*
- Reconnaissance de plein droit *1391*

Jumelage international : *1667*

Juridiction :
- Clauses attributives de juridiction *1283*
- Compétence indirecte du juge étranger *1367*
- Compétence internationale *1181 ; 1192*
- Conflit *1178*
- Effets des décisions judiciaires entre États membres *1318*
- Immunité *1267*

Justice Coopération Internationale (JCI) : *1656*

K

Kafala :
- Classement dans une catégorie *1035*
- Ordre public *1379*

L

Langue de l'acte : *2103*
- Acte bilingue *2111*
- Interprète *2108*

Légalisation :
- Apostille *2351*
  - Dispense *2356*
- Autorité française compétente à l'étranger *2339*
- Bureau des légalisations *2337*
- Coutume internationale *2325*
- CSN *2329*
- Défaut de légalisation *2345*
- Définition *2326*
- Délivrance, modalités *2335*
- Dispense *2356*
- Droit de l'UE *2331*
- Exceptions à la légalisation *2351*
- Fondement juridique *2322*
- Historique
  - ordonnance royale de la marine *2322*
- Légalisation des actes publics *2323*
- Mentions *2341*
  - actes publics *2342*
  - actes sous seing privé *2343*
- Sincérité *2321*
- Suppression de la légalisation
  - Actes authentiques *2366*
  - Aliments *2362*
  - Conventions internationales *2371*
  - Droit patrimonial de la famille *2361*
  - Pacs *2365*

    - Régimes matrimoniaux *2364*
    - Succession *2363*
  - Vérité *2320*

Legal opinion : *2412*

Lege causae : *1023 ; 1033*
  - Classement dans une catégorie *1033*

Lege fori : *1021*
  - Qualification *1022*
    - Autonome *1038*
    - Biens meubles et immeubles *1160*
    - Typologies *1020*
  - Tempéraments *1027*

Lex concursus : *2285 ; 4250*

Lex loci contractus : *1007*

Lex loci damni : *1061*

Lex loci delicti : *1007*

Lex rei sitae : *1007*

Lex societatis : *2281*

Libéralité :
  - Autonomie de la volonté *3561*
  - Convention internationale *3533*
    - Conventions signées *3541*
    - Méthode de l'exonération *3526*
  - Définition du domicile fiscal *3514*
  - Donation-partage *3551*
  - Entre époux *3546*
  - Fiscalité internationale *3462 ; 3531*
  - Hors convention fiscale internationale *3532*
  - Obligations déclaratives *3539*
  - Opportunité fiscale *3559*
  - Rapport fiscal des donations *3475 ; 3509*
  - Régime matrimonial *3464*
  - Succession *3466*

Liberté :
  - Valeur fondatrice de l'Union *1641*

Lieu de séjour principal : *2446 ; 2449*

Lieu de signature : *2074*

Lieu d'établissement :
  - Rapport de droit entre le mandant et le tiers *2201*

Lieu d'exécution ou d'action :
  - Rapport de droit entre le mandant et le tiers *2202*

Lieu d'imposition : *2445 ; 2447 ; 2449*
  - Activité professionnelle non accessoire *2451*
  - Centre des intérêts économiques *2452*

Lieu du pays d'enregistrement : *2268*

Litispendance : *1407*

Loi :
- Applicable *2303*
  - Adoption *3032*
  - Changement de loi applicable au régime matrimonial *3245*
  - Changement de régime matrimonial *3218 ; 3229*
  - Clause type *2303*
  - Contrat de vente d'immeuble *4040*
  - Donation entre époux *3546*
  - Effets du mariage *3151 ; 3232*
  - Filiation *3014*
  - Formation du contrat *4091*
  - Partenariat enregistré *3090 ; 3111*
  - Régime matrimonial *3156 ; 3245*
- Autonomie de la volonté. *1068*
- Changement *1079*
- Conflits de sources internationales *1433*
- Éléments de rattachement *1054*
- Modification du rattachement *1076*
- Société *in bonis 2281*

Loi de police : *1418 ; 3379*
- Application *1149*
- Clause attributive de juridiction *1284*
- Effets du mariage *3150*
- État civil *1115*
- Méthode conflictuelle *1109*
- Partenariat enregistré *3124*
- Régime matrimonial *1149 ; 3159*

Loi du *for* : *1007*
- Aliments *1142*
- Attribution de juridiction *1285*
- Autonomie de la volonté *1097*
- Catégorie du *for 1052*
- Dissolution du mariage *1138*
- Effets du mariage *1131*
- Nationalité *1064*
- Ordre public français en matière internationale *1105*
- Pluralité de facteurs de rattachement *1063*
- Qualification *1019*
- Rattachement *1053*
- Règlement Successions *1159*
- Règles de conflit *1092*
- Renvoi *1103 ; 1104*
- Statut personnel *1057*

Loi étrangère :
- Obstacles à l'application de la loi étrangère *2413*
- Preuve *2405*

Luxembourg :
- Contrat d'assurance vie *2670*

M

Majeur :
- Accès au droit *1666*
- Comparution *2163 ; 2184*
- Contrat *1122*
- Domicile civil *2441*
- Droit conventionnel *1122*
- Foyer *2448*
- Identification *2115*
- Incapacités spéciales de jouissance *2166*
- Mandat de protection future *2180*
- Mandat d'inaptitude *2178*
  - Absence de publicité *2182*
- Protection des incapables *1118 ; 1122*
  - Capacité d'une personne physique étrangère *2166*
  - Convention no 35 du 13 janvier 2000 *2181*

Mandat :
- Acte authentique *2217*
- Acte bilingue *2111*
- Clause de désignation de loi *2212*
- Forme *2213 ; 2216*
- Inaptitude *2178*
- Lieu d'établissement *2201*
- Lieu d'exécution ou d'action *2202*
- Loi applicable *2190 ; 2303*
- Loi d'autonomie *2303*
- Personne vulnérable *2180*
- Rapport de droit avec le tiers *2197*
- Représentation *2189 ; 2190*
- Sous seing privé *2216*
- *Trust* *2563*
- Validité *2214*

Mandat de protection future : *2180*
- Français à l'étranger *2180*

Mandat d'inaptitude : *2178*

Mariage : *3128*
- Conditions *3140*
- Contrat de mariage *3180 ; 3218*
- Effets *3150*
  - Conflit de lois *1131 ; 3151*
  - Rattachement *1057*
  - Régime primaire impératif *3154*
- Filiation paternelle *3009*
- Formalités *3138*
- GPA *3062*
- Lieu de célébration du mariage *3131*
  - Consulat *3134*
- Loi applicable au régime matrimonial *3276*
- Loi nationale *3140*
- Mariage à l'étranger *3136*
  - Personnes de même sexe *3147*

- Mariage polygamique *3148*
- Personnes de même sexe *3144*
  - Mariage en France *3145*
  - Reconnaissance des mariages à l'étranger *3147*
- Régime matrimonial *3160*
  - Loi choisie *3173*
- Règles de conflit de lois *1128*
- Règles spéciales de transcription sur les registres d'état civil *2135*
- Religieux *1031*
- Répudiations musulmanes *3323*
- Transcription du mariage *3139*
- Validité *3129*

Mariage polygamique :
- Classification *1052*

Médiateur européen : *1493*

Mention manuscrite : *2112*

Mesure d'exécution :
- Compétence judiciaire *1197*

Méthode bilatérale :
- Conflit de lois *1092*

Méthode conflictuelle : *1091*

Méthode unilatérale :
- Conflit de lois *1093*

Meuble :
- Conflit de lois *1171 ; 1173*
- Conflit mobile *1080*
- Fraude à la loi *1108*
- Qualification *lege fori 1160*
- Rapport de droit *1059*
  - Localisation *1060*
- Rattachement *1059*

Meuble incorporel :
- Conflit de lois *1174*
- Rattachement *1059*
- Siège de droit *1060*

Mineur :
- Aliment *1142*
- Autorité parentale *2223*
  - Prorogation volontaire de compétence *2250*
- Capacité *1118 ; 2221*
- Changement de résidence *2244*
- Choix de la loi qui sert les intérêts matériels *1069*
- Comparution à l'acte *2163*
- Conventions internationales *1120 ; 1424 ; 2224*
  - Conventions de La Haye *2225 ; 2226*
- Domicile civil *2441*
- Erreur excusable *2221*
- Filiation adoptive *1136*
- Foyer fiscal *2447 ; 2448*

- Gestion des biens *2220*
- Immunité juridictionnelle *1269*
- Intérêts à protéger *2253*
- Juridiction compétente *2243*
  - Domicile *2244*
- Loi de la résidence habituelle *2231*
- Modalités de représentation *2220*
- Parent *2230*
- Protection des mineurs *1114 ; 1666*
  - Autorités compétentes *2228*
  - Exécution des mesures *2235*
  - Loi applicable *2229*
- Reconnaissance et exécution des mesures de protection *2235*
- Responsabilité parentale *2230 ; 2239*
  - Règlement Bruxelles II bis *2238*
- Succession
  - Binationalité *2255*

Mutabilité :
- Régime matrimonial *3249 ; 3259*
  - Automatique *3268*
  - Volontaire *3248*

N

Nationalité :
- Aliments *1142*
- Autorité parentale *1222*
- Catégorie de règles de conflit de lois *1112*
- Conflit mobile *1080*
- Divorce *1140 ; 1228*
- Extranéité *1015*
- Filiation *1134*
- Identité des personnes à l'étranger *2116*
- Juge compétent *1252 ; 1276*
- Mariage *1129 ; 1130*
  - Régime matrimonial *1147 ; 1152*
- Mineur *1120*
- Notion d'ordre public de proximité *1107*
- Personne morale *1124*
- Plaideur *1276 ; 1277 ; 1281*
- Pluralité de nationalités *1063*
- Qualification *1049*
- Rattachement *1018*
  - Modification du rattachement *1076*
  - Modification frauduleuse *1082 ; 1108*
  - Statut personnel *1057*
- Règlement partenariat enregistré *1243*
- Règlement Successions *1159 ; 1233*
- Règles de conflit *1092 ; 1093*
  - Statut personnel *1113*
- Société *2271*
  - Groupe de sociétés *2276*

Nom :
- Catégorie de règles de conflit de lois *1112*
- Règles de conflit de lois *1115*

Non-résident :
- Assiette de l'impôt sur le revenu *2436 ; 2437*
- Calcul de l'IR *2438*
- Définition de la résidence fiscale *2439*
- Imposition des revenus *2435*
- Taxe de 3 %sur la valeur vénale des immeubles *2532*

Notaire :
- Acquisition par un Français à l'étranger *4139*
- Acte notarié en droit européen *2026*
- Adoption internationale *3031*
- Amende fiscale *2302*
- Anticipation successorale *3558*
- Application de la norme internationale *1432*
  - Preuve de la loi étrangère *2405*
- Arbitrage international *2316*
- Avantages matrimoniaux *3553*
- Blanchiment *4283*
- Certificat successoral européen *1445*
- Circulation de l'acte authentique *1444 ; 2318*
  - Au sein de l'UE *2420*
  - Hors de l'UE *2401*
  - Principe de légalisation *2320*
  - Reconnaissance mutuelle *2420*
  - Reconnaissance ou acceptation *2377*
- Compétence internationale du notaire *2051*
- Conjoint survivant à l'international *3544*
- Dématérialisation *2185 ; 2188*
- Démembrement de propriété à l'export *3552*
- Détention, revente d'un immeuble par un Français à l'étranger *4150*
- Devoir de conseil du notaire *2063*
- Divorce conventionnel *3303*
- Donation entre époux *3546*
- Donation-partage *3551*
- Extranéité *1015*
- Financement à l'international *4193*
- Force exécutoire de l'acte authentique *2062*
- Identification du client *2115*
  - État civil *2116*
- Indication du régime matrimonial *2260*
- Interprète *2108*
  - Devoir de conseil *2110*
- Investissement français à l'étranger *4128*
- Loi applicable *2303*
  - Loi d'autonomie *2303*
- Magistrat de l'amiable *2064*
- Par-devant *2086*
- Publicité foncière *4272*
- Réception du pacte successoral *3556*
- Renvoi *1102 ; 1104*
- Rôle dans les investissements à l'étranger *4135*

- Sceau notarial sécurisé *1446*
- Sécurité juridique *2057*
- Service public notarial, *2038*
- Société
  - Pratique de la *legal opinion 2288*
- Source du droit *1441*
- Statut *2034*
- Visioconférence *2187*

Notariat :
- Accords de partenariat *1668*
- Certificat successoral européen *1445*
- Compétence internationale du notaire *2051*
- Dématérialisation *2185*
- Devoir de conseil du notaire *2063*
- État civil à tous *1661*
- Expansion mondiale *1658*
- Foncier international *1660*
- Force exécutoire de l'acte authentique *2062*
- Français à l'étranger *1662*
- Jumelages internationaux *1667*
- Magistrat de l'amiable *2064*
- Maroc et droit musulman *2393*
- Notariat européen transfrontière *2046*
- Organisations internationales *1647*
- Réserve de compétence *2044*
- Sceau notarial sécurisé *1446*
- Sécurité juridique *2057*
- Service public notarial *2038*

Notary public : *2219 ; 2387*
- *Scrivener notary 2386*

Notification de la vente immobilière :
- Droit de préemption *4109*
- Forme *4103*
- Obligations *4101*
- Projet *4102*
- Vefa *4102*

Numérique :
- Lieu de signature de l'acte *2079*

O

Obligation :
- Règles de conflit de lois *1161 ; 2206*

Obligation alimentaire :
- Autonomie de la volonté DIP *2095*
- Circulation des décisions *3343*
- Conflit de lois *1141 ; 3091*
- Divorce *3291 ; 3329*

- Effets patrimoniaux du divorce *3332*
- *Prenuptial agreement 3201 ; 3204*
- Suppression de la légalisation ou de l'apostille *2362*

Obligation non contractuelle :
- Loi applicable *2209*

OECE : *1451*

Ordre public : *1105*
- de proximité *1107*
- Loi de police *1418*
- Obstacles à l'application de la loi étrangère *2415*

Ordre public de procédure : *1382*

Ordre public international :
- Adoption *3047*
- Divorce *3315*
- Filiation *3017*
- Mariage entre personnes de même sexe *3145*
- Partenariat enregistré *3125*
- Réserve héréditaire *3422*
- Succession *3419*

Organisation européenne de coopération écono- mique (OECE). : *1451*

P

PACS :
- Circulation de l'acte authentique *2427*
- Enregistrement du pacs auprès d'une autorité consulaire *2141*
- Loi applicable *2303*
- Loi d'autonomie *2303*
- Opposabilité
  - Convention de Munich *2149*
- *Pacsen 2140*
- Publicité *2140*
- Règles spéciales de transcription sur les registres d'état civil *2139*
- Suppression de la légalisation ou de l'apostille *2366*
- Transcription sur les registres d'état civil français *2139*

Pacte successoral :
- Choix de la loi *3391 ; 3392*
- Loi d'autonomie *2303*
- Réception *3556*
- Validité *3391 ; 3404*
  - Au fond *3406*

Pacte tontinier : *4170*

Par-devant : *2086*

Parent :
- Responsabilité *2239*
  - Règlement Bruxelles II bis *2238 ; 2425*

Parlement européen : *1468*

Partenariat :
- Accords internationaux du notariat *1668*

Partenariat enregistré : *3082*
- Circulation de l'acte authentique *2427*
- Conditions de formation *3085*
  - Forme *3092*
- Dernière résidence habituelle commune *3122*
- DIP *1126*
- Effets *3085 ; 3093*
  - à l'étranger *3094*
  - Changement de loi applicable *3118*
  - Fiscalité *3100*
  - Loi applicable *3111*
- Enregistrement du pacs auprès d'une autorité consulaire *2141 ; 3096*
  - Loi applicable *3099*
- Enregistrement en France *3088*
- Loi applicable
  - Portée *3123*
  - Rattachement *3112 ; 3120*
- Opposabilité aux tiers *3119*
- Publicité *2144*
  - Acte de naissance *3092*
- Rattachement objectif *3120*
  - Dernière résidence habituelle commune *3122*
- Rattachement subjectif *3112*
- Règlement UE *1236 ; 3102*
  - Champ d'application du règlement *3104*
- Règles spéciales de transcription sur les registres d'état civil *2139 ; 2142*
- Suppression de la légalisation ou de l'apostille *2364*

Participation aux acquêts :
- Régime matrimonial contractuel *3212*

Particulariste :
- DIP et conflits de lois *1011*

Partie à l'acte : *2114*

Patrimoine familial :
- Conflit de lois *1144*

Personne morale :
- Assurance vie *2622*
- Cessation de paiement *2285*
- Comparution d'une société étrangère *2286*
- Constitution *2263*
- DIP *2262*
- Direction effective *2274*
- Fiscalité internationale
  - Convention fiscale *2520*
- Fonctionnement *2280*
- Groupe
  - Nationalité *2276*
- Lieu du pays d'enregistrement *2268*
- Nationalité *2271*
- Reconnaissance des situations *2267 ; 2269*

- Résidence fiscale *2439 ; 2464*
- *Trust 2289 ; 2567*
  - Bénéficiaire *2577*
- *Trustee 2576*

Personne Physique :
- Catégorie de règles de conflit de lois *1112*
- Droits fondamentaux *1634*
- *Exit tax 2508*
- Plurinationalité *2256*
- Protection internationale d'une personne adulte vulnérable *2174*
- Régime matrimonial
  - Indication du régime *2260*

Pièce d'identité nationale : *2154 ; 2157*
- Pièces numériques *2157 ; 2158 ; 2159*

Pleine foi : *2018*

Plurinationalité : *2256*

Plus-value :
- Fiscalité internationale *2501*
- Immobilier *2505*
  - en Société *4185*
- Liquidation de la plus-value, exemples pratiques *2506*
- Modèle convention OCDE *2503*

PMA : *3053*

Possession d'état :
- Filiation *3022*

Possession d'un immeuble :
- Acquisition *4028*
- Démembrement de propriété *4188*
- Directe *4169*
- *Exit tax 2511*
- Immeuble à l'étranger *4150 ; 4154*
- Indirecte *3491*
- Modalités *4154*
- Protection *4159*
- SCI *4177*
  - Informations *4181*
  - Taxation des revenus immobiliers *4184*

Pratique notariale :
- Adoptions internationales *3031*
- Autorité parentale *2225*
- Circulation de l'acte authentique *1444*
- Indication du régime matrimonial *2260*
- Pratique de la *legal opinion 2288*
- Publicité foncière *4272*
- Renvoi *1102*
- Source du droit *1441*
- *Trust 2289 ; 2590*

Prenuptial agreement : *3196*
- Reconnaissance en France *3205*

Présence à l'acte : *2184*
- Dématérialisation *2185*
- Visioconférence *2187*

Présomption de paternité : *3008*

Présomption de validité :
- Acte notarié étranger *2381*
- Limites *2382*

Prestation caractéristique :
- Loi la plus juste *1068*
- Rattachement *1060*
  - Subjectif *1068*
- Vente d'immeuble *4057*

Prêt :
- Clauses attributives de juridiction *4227*
  - État tiers *4243*
- Conflit mobile *1080*
- Formation *4201*
- Garanties *4246*
- Hypothèque conventionnelle *4253*
- Loi applicable au contrat *4040*
- Offre obligatoire de prêt *4208*
- Prêteur étranger *4211*
- Prêts usuraires *4210*
- Privilège de prêteur de deniers *4252*
- Privilège du vendeur *4251*
- Protection de l'emprunteur *1201 ; 4205*
- Sûretés personnelles *4254*
- Sûretés réelles conventionnelles *4247*

Prêt usuraire : *4210*

Prime exagérée :
- Assurance vie à l'étranger *2685*

Principe de la proximité : *1095*

Principe de légalisation :
- Apostille *2351*
  - Dispense *2356*
- Autorité française compétente à l'étranger *2339*
- Bureau des légalisations *2337*
- Coutume internationale *2325*
- CSN *2329*
- Défaut de légalisation *2345*
- Définition *2326*
- Délivrance, modalités *2335*
- Dispense *2356*
- Droit de l'UE *2331*
- Exceptions à la légalisation *2351*
- Fondement juridique *2322*
- Historique
  - ordonnance royale de la marine *2322*
- Légalisation des actes publics *2323*

- Mentions *2341*
  - actes publics *2342*
  - actes sous seing privé *2343*
- Sincérité *2321*
- Suppression de la légalisation
  - Actes authentiques *2366*
  - Aliments *2362*
  - Conventions internationales *2371*
  - Droit patrimonial de la famille *2361*
  - Pacs *2365*
  - Régimes matrimoniaux *2364*
  - Succession *2363*
- Vérité *2320*

Principe de proportionnalité : *1544*

Principe de subsidiarité : *1535*

Principe du rattachement : *1007*

Principes généraux du droit : *1629*
- Sources *1630*

Privilège :
- de juridiction *1267*
- de nationalité *1279*
- de prêteur de deniers *4252*
- du vendeur *4251*
- Superprivilège *2678*

Prix :
- Acte international *2291*

Procédure :
- Absence de fraude *1387*
- Compétence du juge français *1192*
- Contrôle de conventionnalité *1428*
- Effets des décisions judiciaires entre États membres *1318 ; 1365*
- Exequatur *1393*
- Garanties fondamentales de la procédure. *1374 ; 1383*
- Loi applicable *1007*
- Ordre public de procédure *1382*

Procédure législative : *1504*
- Ordinaire *1505*
- Spéciale *1507*

Procréation médicalement assistée (PMA) : *3053*

Procuration :
- Acte authentique *2217*
- Acte bilingue *2111*
- Clause de désignation de loi *2212*
- Forme *2213 ; 2216*
- Inaptitude *2178*
- Lieu d'établissement *2201*
- Lieu d'exécution ou d'action *2202*
- Loi applicable *2190 ; 2303*
- Loi d'autonomie *2303*

- Personne vulnérable *2180*
- Rapport de droit avec le tiers *2197*
- Représentation *2189 ; 2190*
- Sous seing privé *2216*
- *Trust 2563*
- Validité *2214*

Professio juris :
- Effets limités *3560*
- Succession *1159*

Promesse unilatérale de vente à l'international :
- Atouts *4033*
- Option *4036*

Proper law : *1096*

Proportionnalité :
- Contrôle *1547*
- Principe *1544*

Propriété intellectuelle :
- Conflit de lois *1175*

Prorogation de compétence : *2250*
- Intérêt de l'enfant *2254*

Protection de l'emprunteur : *4212*

Protection des incapables :
- Catégorie de règles de conflit de lois *1112*
- Mandat d'inaptitude *2178*
  - Absence de publicité *2182*
- Personne physique étrangère *2166*
- Règles de conflit de lois *1115*

Protection des mineurs :
- Reconnaissance et exécution des mesures *2235*

Protection des personnes vulnérables : *2174*

Protection du consommateur :
- Vente d'immeuble *4082*

Protection sociale du salarié en mobilité internationale : *2555*

Protocole :
- Compléments aux traités *1566*

Publicité du changement de régime matrimonial :
- Couple international *2144 ; 2145*

Publicité foncière : *4272*
- Accomplissement des formalités *4273*
- Immobilier à l'étranger et notaire *4128*
- Légalisation *2347*
- Partage global *4280*
- Réitération *4274*
- *Trust 2570 ; 4281*

Q

Qualification : *1019*
- Autonome *1038*
- *Lege fori 1021*
- *Lex causae 1033*
- Modalités *1049*
- Rattachement *1053*
  - Éléments *1054*
  - Fraude *1082 ; 1108*
  - Modification *1076*

Quasi-usufruit : *2646*
- Démembrement *2651*
- Fiscalité de l'assurance vie *2650*

R

Rapport de droit :
- Instruments internationaux entre eux *2211*
- Mandant et mandataire *2191*

Rattachement : *1053*
- Adoption *3037*
- Autonomie de la volonté. *1066*
- Changement *1078*
- Concubinage *3081*
- Critère
  - Définition *1062*
- Éléments de rattachement *1054*
  - Rattachement objectif *1055*
  - Rattachement subjectif *1066*
- Modification du rattachement *1076*
- Modification frauduleuse du critère *1082*
- Partenariat enregistré *3111*
- Pluralité de facteurs de rattachement *1063*
- Possession d'état *3023*
- Rapport juridique *1053*
- Reconnaissance *3020*
- Règle de droit *1053*

Recommandation :
- Union européenne *1609*

Reconnaissance des situations :
- Adoption *3046 ; 3047*
- Contrat de mariage *3194*
- Divorce *3311 ; 3322*
  - Conventionnel *3327*
- Filiation *3004*
  - DIP *3020*
  - Droit français *3019*
- Mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger *3147*
- Obligations alimentaires *3343*

- Partenariat enregistré *3097*
- *Prenuptial agreement 3205*
- Sociétés *2267*

Reconnaissance incidente : *1394*

Recours :
- CJUE *1475*
  - annulation *1476*
  - carence *1476*
  - manquement *1476*
  - préjudiciel *1476*

Regafi : *4196*

Régime matrimonial : *3160 ; 3245*
- Avant ou après le 1er septembre 1992 *3162 ; 3185*
- Avant ou après le 29 janvier 2019 *3167 ; 3186*
- Catégorie de règles de conflit de lois *1112*
- Changement de régime matrimonial *3245 ; 3246*
  - Loi applicable *3247*
  - Loi choisie *3249*
  - Mutabilité *3252*
- Circulation de l'acte authentique *2427*
- Consentement des époux *3182*
- Contrats de mariage passés à l'étranger *3194*
  - *Prenuptial agreement 3196*
- Convention de la Haye *3162*
- Conventions matrimoniales *3209*
- Déclaration hors contrat *3174*
- Détermination du régime matrimonial *3172*
- Effet du changement *3252*
- Établissement d'un acte *3180*
- Facteur de rattachement *1062*
- Forme de la convention *3183*
- Indication du régime matrimonial *2260*
- Loi applicable
  - Changement *3254*
- Loi de police *3267*
- Mutabilité
  - Automatique *3268*
  - Volontaire *3259*
- Ordre public *3266*
- *Prenuptial agreement 3196*
- Publicité du changement couple international *2144*
- Reconnaissance internationale *3205 ; 3208*
- Régime matrimonial contractuel commun *3209*
  - Participation aux acquêts franco-allemand *3212*
- Régime matrimonial objectif *3218*
  - Mariage célébré à compter du 29 janvier 2019 *3240*
  - Mariage célébré avant le 1er septembre 1992 *3219*
  - Mariage célébré entre le 1er septembre 1992 et le 28 janvier 2019 *3233*
- Règlement de l'Union européenne *1220 ; 1221 ; 1236*
  - Loi applicable *3257*

- Règles de conflit de lois *1144 ; 3161*
- Renvoi
  - Exclusion *3265*
- Suppression de la légalisation ou de l'apostille *2364*

Registre des agents financiers (REGAFI) : *4196*

Registre d'état civil, règles spéciales : *2135*

Règle de conflit :
- Changement *1078*
- Convention de La Haye du 14 mars 1978 *1150*
- Obligation d'appliquer la loi matérielle étrangère *2408*
- Preuve de la loi étrangère *2405*
  - Moyens à disposition du notaire *2409*
- Principes *1145*

Règlement européen : *1593*
- Injonction de payer *1353*
- Petits litiges *1350*
- Portée *1593*
- Saisie conservatoire des avoirs bancaires *1359*
- Titre exécutoire européen (TEE) *1356*

Règlement Régimes matrimoniaux : *1343*

Règlement Successions : *1338*
- Capacité *1118*
- Circulation de l'acte authentique *2426*
- Compétence *1229 ; 1233*
- Conflit de lois *1159*
- Effet des décisions étrangères *1234*
- Élément d'extranéité *1016*
- Pratique notariale *1442*
- Principe de la proximité *1095*
- Protection des incapables *1118*
- Règles de conflit de lois *1103*
- Source du droit *1443*

Réitération : *4274*
- Contrat de prêt *4253*
- Exception *4275*
- Liquidation *3346*
- Promesse synallagmatique *4032*
- Publicité foncière *4274 ; 4280*

Relation patrimoniale :
- Catégorie de règles de conflit de lois *1112*

Renvoi : *1102*
- CJUE *1475*
- Contrat de vente *4085*
- Divorce *3335*
- Filiation *3016*
- Notaire *1104*
- Obligations alimentaires *3341*
- Partenariat enregistré *3126*

- Rattachement
  - Règlement Rome III *3298*
- Régime matrimonial *3186 ; 3231*
- Succession internationale *3411*

Répertoire civil annexe : *2144*

Représentant légal :
- Adoption *3030 ; 3041*

Représentation à l'acte : *2189*
- Adulte *2189*
- Dématérialisation *2185*
- Mandat ou procuration *2189 ; 2190*
  - Loi applicable *2190*
- Visioconférence *2187*

Répudiation musulmane : *3323*

Rescrit : *2453*

Réseau notarial européen (RNE) : *1677*

Réserve héréditaire :
- Ordre public international *3422*

Résidence habituelle :
- Aide à la détermination de la résidence habituelle *3407*
- Aliment *1142*
- Capacité *1119*
- Changement de domicile et fiscalité *2442*
- Conflit de lois
  - Principe de la proximité *1095*
- Conflit mobile *1080*
- Contrat de consommation *1203*
- Créance *1176*
- Définition du facteur de rattachement *1062*
- Définition fiscale de la résidence *2440 ; 2445*
  - Centre des intérêts vitaux *2459*
  - Modèle OCDE *2457*
  - Notion de résidence en droit interne selon les pays *2455*
- Divorce *1138*
- *Exit tax 2508*
- Juge compétent *1222*
- Majeur *1122*
- Mariage *1129*
- Mineur *1120 ; 2231*
  - Succession *2231*
- Modification du rattachement *1078*
  - Fraude *1084*
- Obligations *1163 ; 1167*
- Prestation caractéristique *1060 ; 1068*
- Protection des incapables *1119*
- Qualification *1018*
- Régime matrimonial *1145 ; 1148*
- Règlement Partenariat enregistré *1242*
- Règles de conflit de lois *1110*
  - Statut personnel *1114*

- Résident fiscal *2443*
- Succession *1062*
- Transfert de domicile fiscal *2508*

Résidence secondaire :
- Assurance vie *2628*

Résident fiscal :
- Assurance vie *2622*
  - Obligations fiscales *2667*
- Centre des intérêts économiques *2452*
- Convention fiscale *2456 ; 2520*
- Déclaration des comptes ouverts à l'étranger *2294 ; 2301*
- Définition de la résidence fiscale *2439 ; 2444*
  - Notion à l'étranger *2455*
- Double imposition *2466*
- Lieu d'imposition du salarié *2541 ; 2543*
- Mineur *2448*
- Non-résident *2430 ; 2435*
  - Calcul de l'impôt *2438*
- Personne morale *2464 ; 2519*
- Plus-value *2501*
- Revenus fonciers *2517*
- Territorialité *2428 ; 2431*

Responsabilité parentale :
- Attribution ou extinction *2230*
- Compétence
  - Règlement Bruxelles II bis *2238*
- Loi applicable *2229*
- Mineur *2220 ; 2223*
- Pratique notariale *2225*
- Règlement de l'Union européenne *1220*

Revenu de source française :
- Définition *2432*

Revenu foncier international : *2515*
- Personne morale *2519*
- Résident fiscal *2520*

RNE : *1677*

S

Salarié :
- Contrat local *2536*
- Détachement *2535*
- Expatrié *2542*
- Lieu d'imposition
  - Droit conventionnel *2544*
- Mise à disposition de personnel *2537*
- Rémunération optimisée *2539*

Sceau notarial sécurisé (SNS) : *1446*

Scrivener notary : *2386*

SEAE :
- Service européen pour l'action extérieure *1474*

Sécurité juridique : *2057*

Séparation : *3277*

Service européen pour l'action extérieure (SEAE) : *1474*

Service public notarial : *2038*
- Notariat européen transfrontière *2046*
- Réserve de compétence *2044*

Siège de droit :
- Contrat suisse *1060*
- Meuble incorporel *1060*
- Prestation caractéristique *1060*

Siège social :
- Groupe *2276*
- Nationalité *2271*
- Reconnaissance des situations *2268*

Signature de l'acte :
- Lieu *2074*
- Présence à l'acte *2184*
  - Dématérialisation *2185 ; 2187*

Sites internet : *1687*

SNS : *1446*

Société :
- Assurance vie *2622*
- Cessation de paiement *2285*
- Comparution d'une société étrangère *2286*
- Constitution *2263*
- Détention d'un immeuble à l'étranger *4181*
- DIP *2262*
- Direction effective *2274*
- Fiscalité internationale
  - Convention fiscale *2520*
- Fonctionnement *2280*
- Groupe
  - Nationalité *2276*
- Lieu du pays d'enregistrement *2268*
- Nationalité *2271*
- Plus-value immobilière *4185*
- Reconnaissance des situations *2267 ; 2269*
- Résidence fiscale *2439 ; 2464*
- *Trust 2289 ; 2567*
  - Bénéficiaire *2577*
- *Trustee 2576*

Société *in bonis* :
- Loi applicable *2281*

Solicitor : *2389*

Sources du droit international : *1418*
- Conflits de sources internationales *1433*
- Droits fondamentaux de la personne *1634*
- Juge
  - Principes généraux du droit *1630*
- Pratique notariale *1441 ; 1442*
- Règlement successions *1443*
- Traités *1421 ; 1425*
  - Juge *1630*
  - protocoles, annexes et déclarations *1565*
- Union Européenne *1448*
  - Droit dérivé *1590*
  - Droit primaire *1555 ; 1556*
  - Droit subsidiaire *1619*
  - Interprétation par le juge *1621*
  - Principes et droits protecteurs *1644*
  - Valeurs fondatrices *1639*

Sous seing privé :
- Date certaine *2015*
- Mentions de légalisation *2341*
- Personne vulnérable *2180*
- Procuration *2216*

Statut personnel :
- Critère de rattachement *1057*
  - Biens *1058*

Subrogation : *4095*

Subsidiarité :
- Contrôle de la subsidiarité *1540*

Succession :
- Actes à dresser *3435 ; 3439*
- Aide à la détermination de la résidence habituelle *3407*
- Arbitrage des litiges *2317*
- Catégorie de règles de conflit de lois *1112*
- Certificat successoral européen *1158 ; 1229*
  - Dernière résidence habituelle du défunt *1159*
- Compétence juridictionnelle *3451 ; 3454*
- Conflit de lois *3350*
  - Validité au fond du choix de loi *3401*
- Décès (date) *3386*
- Dernière résidence *3354 ; 3358*
- Dévolution successorale *3440 ; 3450*
- Domicile *3358 ; 3361*
- Établissement des actes dévolutifs *3425*
- Extranéité *3368*
  - Éléments *3375*
- Fiscalité des successions *3463*
  - Convention fiscale *3477 ; 3512*
  - Internationales *3476*
- Loi applicable *3377*
  - Validité au fond du choix de loi *3401*
- Loi d'autonomie *2303*
- Loi de police *3379*

- Mineur binational *2255*
- Nationalité *3353 ; 3371*
  - Immeubles *3362 ; 3382*
  - Meubles *3363*
- Ordre public international *3419*
- Pacte successoral *3392*
- Rattachement *1062 ; 3351 ; 3365*
  - Fraude à la loi *3410*
  - Renvoi *3411 ; 3418*
- Règlement UE succession *1229 ; 1338*
- Renvoi *3418*
- Réserve héréditaire *3422*
- Résidence habituelle *3355 ; 3407*
  - Aide à la détermination de la résidence habituelle *3407*
- Suppression de la légalisation ou de l'apostille *2363*
- Tableau synoptique récapitulatif de la matière successorale *3540*
- Testament conjonctif *3391*
- Traitement d'une succession internationale *3366*
- Trust *2591 ; 2613*

Succession internationale :
- Avec convention fiscale *3512*
  - Conflits de qualification des biens *3516*
  - Domicile fiscal *3514*
  - Double imposition *3524*
  - Exonération *3526*
  - Rattachement *3517*
- Obligations déclaratives *3537*
- Sans convention fiscale *3477*
  - Assiette des droits de mutation à titre onéreux *3497*
  - Biens situés en France *3487*
  - Conflits de qualification des biens *3492*
  - Immeuble *3490*
  - Liquidation des droits de mutation à titre gratuit *3507*
  - Rattachement *3494*
  - Territorialté *3479*

Sûreté :
- Conflit de lois *1115*
- Sûretés personnelles *4254*
- Sûretés réelles *4247*

Sursis de paiement :
- *Exit tax 2513*

T

Territorialité :
- Définition fiscale du territoire *2431*
- Obligation fiscale illimitée pour les résidents *2429*
- Obligation fiscale limitée pour les non-résidents français *2430*
- Source française du revenu *2432*

Testament :
- Association pour un réseau européen des registres testamentaires (ARERT) *1678*
- Certificat successoral européen *1445*
- Conjonctif *3391*
- Dévolution successorale *3431*
- Éléments de rattachement *1098*
- Grands principes du droit international privé *1049*
- Loi d'autonomie *2303*
- Pluralité de facteurs de rattachement *1063*
- Règlement « Successions » *1229 ; 1338*
- Titre européen exécutoire *1447*
- *Trust 2591*

Testament conjonctif : *3391*

Théorie des statuts :
- Conflits de lois *1009*

Tiers :
- Articulation des instruments internationaux entre eux *2211*
- Rapport de droit mandat mandataire *2197*

Titre européen exécutoire : *1447*

Tontine :
- Clause *4166*
- *Joint tenancy 4176*
- Pacte *4170*

Traité :
- Coopération renforcée *1550*
- Effet direct *1588*
- Interprétation *1435*
- Portée des traités *1572*
- Union Européenne *1448*
  - Constitution *1462*
  - Droit dérivé *1590*
  - Droit primaire *1555 ; 1556*
  - Fonctionnement *1463*

Traité d'Amsterdam : *1460*

Traité de Lisbonne :
- Droits fondamentaux *1637*
- Fonctionnement de l'UE *1463*
- Fonctions législatives *1499*

Traité de Maastricht, : *1459*

Traité de Nice : *1461*

Transaction :
- Blanchiment *4283*
- Élément d'extranéité *4288*
- Financière *4118*
- Fonds en provenance de l'étranger *4287*
- Judiciaire *1356*
- Titre européen exécutoire *1447*

Transfert de fonds : *2292*

Transmission à titre gratuit :
- Autonomie de la volonté *3561*
- Convention internationale *3533*
  - Conventions signées *3541*
  - Méthode de l'exonération *3526*
- Définition du domicile fiscal *3514*
- Donation-partage *3551*
- Entre époux *3546*
- Fiscalité internationale *3462 ; 3531*
- Hors convention fiscale internationale *3532*
- Obligations déclaratives *3539*
- Opportunité fiscale *3559*
- Rapport fiscal des donations *3475 ; 3509*
- Régime matrimonial *3464*
- Succession *3466*

Travailleur salarié :
- Compensation fiscale *2546*
- Contrat local *2536*
- Détachement *2535*
- Égalisation fiscale *2545*
- Expatrié *2542*
- Impatriation *2547*
- Lieu d'imposition
  - Droit conventionnel *2544*
- Mise à disposition de personnel *2537*
- Rémunération optimisée *2539*

Trust : *2560*
- Bénéficiaire *2577*
- Comparution dans un acte notarié *2289*
- Décès du constituant *2613*
- Fiscalité *2602*
- Fonctionnement *2561*
- IFI *2607*
- Loi applicable *2566*
- Mandat *2563*
- Obligations déclaratives *2598*
- Pratique notariale *2590*
- *Protector 2578*
- Publicité foncière *4281*
- Succession *2613*
  - Droits au taux de 60 % *2615*
- Taxe patrimoniale de 3 % *2600*
- Types *2579*

Trustee : *2289 ; 2576*
- Obligations déclaratives *2598*

U

UE :
- Compétences *1526*
- Droit dérivé *1555*

- Droit primaire *1555*
- Droit subsidiaire *1619*
- Membres *1459*
- Règlements *1183*
- Suppression de toute légalisation et apostille *2370*

UINL : *1648*
- Sceau notarial sécurisé *1446*

Union de fait : *3080*
- Séparation *3277*

Union européenne : *1466 ; 1526*
- Compétences *1526*
- Droit dérivé *1555*
- Droit primaire *1555*
- Droit subsidiaire *1619*
- Membres *1459*
- Règlements *1183*

Union internationale du notariat (UINL) : *1648*
- Formation *1681*
- Forum juridique *1682*

Universalistes :
- Conflit de lois *1012*

V

Valeur :
- Traité sur l'Union *1639*

Valeur mobilière :
- Conflit de lois *1177*

Valeur vénale des immeubles :
- Taxe 3 % non-résidents *2532*

Validité :
- Acte authentique *2015*
- Arbitrage *2312 ; 2317*
- CSE *3447*
- Décès *3390*
- Donation entre époux *3546*
- Mandat *2212*
- Mariage *3099*
- Notariat européen transfrontière *2046*
- PACS *2140*
- Pacte successoral *3391*
- Partenariat enregistré *3099*
- Présomption de validité *2381*
- Procurations *2212 ; 2214*
- Régime matrimonial *3181*
- Registres d'état civil français *2135*
- *Trust 2289 ; 2591*

Vente d'immeuble à l'international :
- Avant-contrat *4030*
- Cession de créance *4094*
- Diagnostics techniques *4110*
- Fiscalité pour les non-résidents *4009*
  - Acquéreur *4026*
  - Convention fiscale *4016*
  - IFI *4029*
  - Représentant fiscal *4021*
  - Résidence principale *4019*
  - Vendeur *4010*
- Loi applicable *4040*
  - Autonomie de la volonté *4043*
  - Limite de l'autonomie *4051*
  - Lois de police *4087*
  - Ordre public *4086*
  - Renvoi *4085*
- Non-résidents *4001*
- Notification *4101*
  - Forme *4103*
- Obligations contractuelles *4094*
- Obligations d'information *4099*
- Paiement *4114*
  - à échéance *4125*
  - Comptant *4119*
- Points de contrôle *4006*
- Prix de vente *4111*
  - Monnaie *4117*
- Promesse synallagmatique de vente *4035*
- Promesse unilatérale de vente *4033*
- Rattachement *4054*
  - Clause d'exception *4070*
  - Contrat de consommation *4071*
  - Prestation caractéristique *4057*
  - Règles *4063*
- Résidence habituelle *4058*
- Subrogation *4095*
- Titulaire d'un droit de préemption *4109*

BON DE COMMANDE

À compléter et à adresser : Association Congrès Notaires de France – 35, rue du Général Foy – 75008 Paris

Nom/Prénom : .....

Adresse : .....

Code postal / Ville / .....

Tél/ eMail : .....

Je commande l'ouvrage :

93 €	93 €	90 €	90 €	85 €	85 €	85 €
L'international	Demain le territoire	Le notaire au cœur des mutations de la société	La propriété immobilière entre liberté et contraintes	La sécurité juridique un défi authentique	Vie professionnelle et famille place au contrat	Propriétés publiques quels contrats pour quels projets
..... exemplaire(s)	..... exemplaire(s)	..... exemplaire(s)	..... exemplaire(s)	..... exemplaire(s)	..... exemplaire(s)	..... exemplaire(s)

..... exemplaire(s) au prix de ..... TTC + 8,80 € TTC de frais de port par exemplaire = ... € TTC

☐ Je joins mon règlement, un chèque du montant à l'ordre de : Association Congrès Notaires de France

☐ Je règle à réception de facture

Conformément à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, relative à l'Informatique, aux Fichiers et aux Libertés, vous disposez d'un droit d'accès et de rectification des données à caractère personnel vous concernant et faisant l'objet de traitements sous la responsabilité du RSI.

BON DE COMMANDE

À compléter et à adresser : Association Congrès Notaires de France – 35, rue du Général Foy – 75008 Paris

Nom/Prénom : .....

Adresse : .....

Code postal / Ville / .....

Tél/ eMail : .....

Je commande l'ouvrage :

93 €	93 €	90 €	90 €	85 €	85 €	85 €
L'international	Demain le territoire	Le notaire au cœur des mutations de la société	La propriété immobilière entre liberté et contraintes	La sécurité juridique un défi authentique	Vie professionnelle et famille place au contrat	Propriétés publiques quels contrats pour quels projets
..... exemplaire(s)	..... exemplaire(s)	..... exemplaire(s)	..... exemplaire(s)	..... exemplaire(s)	..... exemplaire(s)	..... exemplaire(s)

..... exemplaire(s) au prix de ..... TTC + 8,80 € TTC de frais de port par exemplaire = ... € TTC

☐ Je joins mon règlement, un chèque du montant à l'ordre de : Association Congrès Notaires de France

☐ Je règle à réception de facture

Conformément à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, relative à l'Informatique, aux Fichiers et aux Libertés, vous disposez d'un droit d'accès et de rectification des données à caractère personnel vous concernant et faisant l'objet de traitements sous la responsabilité du RSI.

Conception et réalisation par le Congrès des notaires
35, rue du Général Foy 75008 Paris

Achevé d'imprimer par Maury-Imprimeur – 45330 Malesherbes
Dépôt légal mars 2019 – N° d'impression : 234040C

Imprimé en France sur du papier français ECF

VB377001
9 782711 031726

93 € TTC