LA REVUE

EDITION N°2
DÉCEMBRE 2019

CAP SUR L'INTERNATIONAL

CHEUVREUX

Quand on est, aujourd'hui, un Français – ou une Française – vivant principalement hors de France, peut-on dire que l'on est un ou une « expatrié(e) » ?

Je n'aime pas ce mot et ne me le suis jamais appliqué, même pendant les dix années que j'ai passées en Chine.

La première raison en est que ce mot a longtemps été assimilé à celui d'exilé, et sous-entendait un exil forcé. Or, aujourd'hui en France, on ne prononce évidemment plus de peine d'exil. Celles et ceux qui me lisent ont choisi leur mode de vie et notamment le pays dans lequel ils vivent.

La seconde raison est que ce mot renvoie à celui de patrie – contre lequel je n'ai rien, bien entendu – mais dont l'étymologie est celle de la terre où sont ensevelis les restes de nos pères, de nos ancêtres … Or, pour presque tous les êtres humains contemporains – et notamment pour les Français – il n'y a pas un territoire unique habitant les tombes de leurs ancêtres … mais de multiples. Faudrait-il dire que nous sommes tous, à certains égards, des expatriés ?

En réalité c'est l'inverse qui est vrai : nous ne sommes jamais des expatriés, parce qu'où que nous vivions nous ne sommes pas éloignés de ce qui est notre seule vraie patrie, de la terre qui porte nos véritables racines, car cette terre est notre culture et que nous la portons en nous. Les racines des êtres humains sont immatérielles ; elles sont culturelles. Elles croissent, évoluent, se développent pendant toute leur existence … s'enrichissent des échanges, des découvertes, des rencontres, des voyages, des expériences multiples … mais tout cela n'est qu'ajouts successifs, sur une base – pour chacun de nous – immuable.

Dès lors, deux choses m'ont toujours paru essentielles : éviter tout risque de déracinement et s'assurer que les générations qui viennent ont et continueront d'avoir – comme nous l'avons eu – la chance d'acquérir de solides racines, donc dès le plus jeune âge, une culture.

Eviter le déracinement ne veut pas dire ne pas profiter pleinement de la vie là où l'on a choisi de s'installer : on s'enrichit, bien entendu, en acquérant de nouvelles expériences et de nouvelles connaissances, en profitant de l'extraordinaire opportunité que nous offre le monde contemporain de pouvoir vivre avec des personnes d'autres cultures. Mais il me semble fondamental de vivre cela sans se couper de ses – de sa – base(s). En Chine, j'ai bien entendu rencontré des Français qui croyaient sincèrement ne plus l'être… qui pensaient avoir tourné une page, être devenus de parfaits apatrides, défenseurs de la culture monde… Toujours, après quelques années – au mieux – d'une euphorie proche de celle que l'on éprouve dans l'atmosphère raréfiée des très grandes altitudes, j'ai vu ces personnes souffrir, déprimer, se sentir en une apesanteur invivable. Quant à leurs enfants – auxquels ils ont omis de donner des racines – je préfère ne pas m'appesantir sur la tristesse que je ressens à me souvenir de leur désarroi profond.

« Profitons du monde, et partageons notre culture française » est donc mon leitmotiv.

JEAN-JACQUES AUGIER
PRÉSIDENT DE L'ALLIANCE FRANÇAISE ÎLE-DE-FRANCE

EDITO

PAR MURIELLE GAMET

"Il faut voyager pour frotter et limer sa cervelle contre celle d'autrui"

travers cette image pittoresque, Montaigne invite à s'ouvrir à l'autre et à la connaissance d'autrui afin de s'interroger sur soi et sur sa culture. Si elle révèle une réflexion basée sur l'altérité, elle invite également à voyager au-delà de nos frontières pour explorer les cultures et favoriser la circulation des idées.

Notre société est en pleine mutation avec la mondialisation des échanges.
La multiplication des liens transfrontaliers est un défi pour nos instances politiques, juridiques, sociales et éducatives. Ces dernières s'attèlent notamment à doter les individus de tous les moyens juridiques pour améliorer leur vie, en questionnant le droit existant et les conséquences de cette internationalisation.

Aujourd'hui, le notaire se doit de jongler avec les cultures et les méthodes dans un espace juridique morcelé.
Chez Cheuvreux, nous croyons à un notariat sans frontière, ouvert et toujours en mouvement. Il faut savoir adapter, s'adapter, utiliser les différences ou les nuances pour porter les choix individuels de chacun, que ce soit l'alliance à l'étranger ou avec un étranger, l'établissement de son lieu de vie ou la mobilité dans l'espace mondial.

Afin d'appréhender ces mutations créatrices de nouveaux liens juridiques, il est fondamental d'adopter une approche proactive, à géométrie variable, de l'organisation et de la planification patrimoniales, d'un point de vue tant spatial que temporel.

Le numéro II de La Revue « Cap sur l'international » offre cette analyse dynamique des enjeux et de la complexité des situations internationales, sur les plans patrimonial, familial et fiscal.
Son approche est celle du notaire, en tant qu'architecte du droit international privé, qui bâtit les « contrats internationaux » en vue d'être exportés, de circuler dans l'espace mondial et d'y produire des effets juridiques.

L'occasion en filigrane de jouer avec notre droit qui devra voyager, rencontrer et appréhender les autres grands systèmes légaux et de faire émerger des questions juridiques dont la réponse sera adaptée et coconstruite avec les experts étrangers pour en assurer l'efficacité internationale et la sécurité juridique.
Ceci est une invitation à la création et à l'innovation dont il faut saisir les enjeux !

SOMMAIRE

PROTÉGER LES PERSONNES

La protection patrimoniale du mineur : quels mécanismes ?
LUCILLE CHEVALIER, et GWÉNOLA DEVALLET, avec la participation de FLORIAN CARRÉ et ELOÏSE LE HÉNAFF **10**

How To Protect Minor Children After Parents' Death in the UK?
MARCUS PARSONS **16**

L'organisation à travers un mandat de protection future
MARIE CHOPLIN-TEXIER, avec la participation d'ANATOLE BOUDESSEUL et TITOUAN VIGNEAU **18**

ORGANISER SON PATRIMOINE FAMILIAL

La France au Québec : les faux-amis
JULIE LORANGER **24**

La donation-partage transfrontalière
EMILIE FINOT et LAETITIA MOLINA **28**

Fiscalité d'une transmission internationale : complexités, subtilités et contrariétés
ANGÉLIQUE DEVAUX et LAETITIA MOLINA **37**

What's a Usufruct ?
LEIGH-ALEXANDRA BASHA **43**

La reconnaissance de dette : constitution et circulation transnationales
IGOR KIRILLOV et GRÉGOIRE LEMARCHAND-GHICA **47**

La reconnaissance de dette : mode d'emploi
EMILIE FINOT, CHARLOTTE BOINOT-MALON et LAETITIA MOLINA **52**

INVESTIR À L'ÉTRANGER

L'acquisition d'un bien immobilier par une société dans un contexte international
OLIVIER GIACOMINI, ALEXANDRA ROSENTHAL, EVGENIA ZAKHAROV ET MELINDA BENHAÏEM **58**

L'achat immobilier à Hong Kong via une structure sociétaire : avantages et contraintes
NICOLAS MICHAUX **63**

L'investissement immobilier aux Etats-Unis : structures et stratégies patrimoniales
RICHARD ORTOLI **67**

La *French touch* fiscale française ou petit rappel d'usage de l'IFI dû par les non-résidents
DAVID DUMONT **72**

PARTIE I

PRO
LES PER

TÉGER SONNES

LA PROTECTION PATRIMONIALE DU MINEUR : QUELS MÉCANISMES ?

GWÉNOLA DEVALLET

LUCILLE CHEVALIER

FLORIAN CARRÉ

ELOÏSE LE HÉNAFF

Frappé d'une incapacité d'exercice, le mineur ne peut exercer librement les droits dont il est titulaire. Il ne peut administrer seul son patrimoine. Cette administration par un tiers nécessite une attention particulière. Le mineur doit être protégé tant dans sa personne que dans ses biens.

En droit interne, la protection patrimoniale du mineur est réglementée par les articles 382 et suivants du Code civil, tels qu'issus de l'ordonnance du 15 octobre 2015[1].

Dans un contexte international, les éléments de rattachement pour déterminer la compétence juridictionnelle et la loi applicable sont multiples. Alors que la question de la capacité fait partie du statut personnel et doit donc être soumise à la loi nationale[2], la Convention de la Haye du 19 octobre 1996[3] ou le Règlement de Bruxelles II *bis*[4] utilisent comme critère de rattachement la résidence habituelle du mineur. Celle-ci a été définie par la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE)[5] comme étant le *« lieu qui traduit une certaine intégration de l'enfant dans un environnement social et familial »*. Cette articulation entre la loi de sa résidence habituelle et celle de sa nationalité complexifie les mécanismes applicables, l'intérêt supérieur de l'enfant – notion introduite en 1989 par la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant - devant être une considération primordiale.

Lorsqu'une situation juridique comporte un élément d'extranéité, des questions complexes peuvent être soulevées. Quel que soit le système juridique en présence, la protection du patrimoine du mineur est encadrée par un régime juridique spécifique, ce qui nous amènera à effectuer une analyse comparative des règles internationales de protection du mineur (I). En raison de la superposition des textes, nous examinerons également les conventions applicables permettant de déterminer la loi applicable (II).

I

APPROCHE COMPARATIVE DE LA PROTECTION DU MINEUR EN FRANCE ET À L'ÉTRANGER

LE DROIT FRANÇAIS ASSURE UNE IMPORTANTE PROTECTION PATRIMONIALE AU MINEUR

La protection patrimoniale du mineur, privé de sa capacité d'exercice par l'article 1146 nouveau du Code civil, excepté pour les actes courants de la vie civile conclus à des conditions normales, est assurée par une représentation obligatoire de ce dernier : il s'agira soit du régime de l'administration légale, qui constitue la situation de droit commun, soit du régime de la tutelle, mesure judiciaire extraordinaire de protection et de représentation.

Quel que soit le régime applicable, le mineur doué de discernement n'est jamais entièrement exclu des décisions qui le concernent puisque, conformément à l'article 371-1 al. 3 du Code civil, *« les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité »*.

L'administration légale : le régime de droit commun

L'administration légale a été réformée par l'ordonnance du 15 octobre 2015. Cette importante refonte supprime les deux régimes existants, à savoir l'administration légale sous contrôle judiciaire et l'administration légale pure et simple, et y substitue un régime unique.

Quels acteurs ?
L'administration légale incombe aux parents exerçant en commun l'autorité parentale – l'article 372 prévoit en effet le principe d'exercice conjoint de l'autorité parentale. Si un parent exerce seul l'autorité parentale, l'administration légale lui revient exclusivement.
Le juge des tutelles peut exercer un contrôle des actes considérés comme les plus dangereux pour le patrimoine du mineur, et l'article 387 du Code civil permet qu'il soit saisi en cas de désaccord des administrateurs légaux, afin d'autoriser la régularisation d'un acte.

Quelle protection du patrimoine du mineur ?
Trois types d'actes sont à distinguer : les actes libres, les actes soumis à autorisation et les actes interdits.
Les **« actes libres »** peuvent être passés par l'administrateur légal. Il s'agit de tous les actes qui ne sont pas perçus comme dangereux pour le patrimoine de l'enfant, c'est à dire tous les actes d'administration et les actes de disposition n'étant pas expressément interdits.
Les **« actes soumis à autorisation »** nécessitent une autorisation préalable du juge des tutelles. La protection patrimoniale passe par un **contrôle judiciaire et un pouvoir de blocage du juge**. L'article 387-1 du Code civil dresse une liste exhaustive de ces actes d'une certaine gravité. Il va s'agir par exemple d'une vente, de l'apport en société d'un immeuble, le fait de contracter un emprunt au nom du mineur.
Les **« actes interdits »**, selon l'article 387-2 , ne peuvent être exercés par l'administrateur légal, même avec une autorisation du juge des tutelles. Il s'agit par exemple de l'aliénation gratuite des biens du mineur, l'exercice du commerce ou d'une profession libérale au nom du mineur, ou encore le transfert des biens du mineur dans un patrimoine fiduciaire. **Des actes si dangereux pour le patrimoine de l'enfant que leur accomplissement est tout bonnement prohibé.**

En toute hypothèse, *l'administrateur légal est tenu d'apporter dans la gestion des biens du mineur des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt du mineur (article 385 C. civ.).*

La tutelle : le régime extraordinaire

Dans quels cas ?
Dans trois cas, le régime de droit commun de l'administration légale laisse place à celui de la tutelle. En application de l'article 390 du Code civil, l'ouverture d'une tutelle suppose que les deux parents soient décédés, qu'ils soient tous deux privés de l'autorité parentale, ou qu'aucune filiation n'ait été établie à l'égard de l'enfant.

Quels acteurs ?
Un tuteur (nommé par voie testamentaire, ou à défaut par le conseil de famille) prendra la place des administrateurs légaux. **Le conseil de famille** est composé d'au moins quatre membres ayant un intérêt pour l'enfant ; il est présidé par le juge des tutelles. **Le subrogé tuteur**, dont la mission est de surveiller le tuteur, est membre du conseil de famille.

Quelle protection du patrimoine du mineur ?
Le tuteur gère les biens du mineur, rend compte de sa gestion et représente le mineur dans les actes nécessaires à la gestion de son patrimoine en apportant des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt du mineur.
Certains actes ne nécessitant pas d'autorisation peuvent être accomplis par le tuteur seul comme les actes conservatoires et les actes d'administration nécessaires à la gestion du patrimoine de l'enfant.
Certains **actes nécessitent une autorisation** notamment les actes de disposition que le tuteur ne peut accomplir seul sans y être autorisé par le conseil de famille ou le juge des tutelles.

[1] Ord. n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, JO 16 oct. 2015
[2] Art. 3 Code civil
[3] Convention de La Haye 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, ratifiée le 15 octobre 2010, entrée en vigueur en France le 1er février 2011
[4] Règlement de Bruxelles II bis, (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 abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000, entré en vigueur en France le 1er août 2004.
[5] CJCE 2 avril 2009, aff. C-523/07

[6] Tutelle
[7] Tuteurs naturels
[8] La garde de l'enfant
[9] Tuteur désigné en justice
[10] Tuteur général
[11] Tuteur spécial
[12] Tuteur
[13] L'administrateur
[14] Bénéficiaire
[15] L'acte de constitution du Trust
[16] BLANC F-P., Le droit musulman, 2e éd., Dalloz, Connaissance du droit, p. 101 s.

Certains actes lui sont **interdits**, même avec une autorisation, par l'article 509 du Code civil qui dispose par exemple de l'interdiction de l'aliénation gratuite des biens ou droits du mineur.

LES DIFFÉRENTS RÉGIMES DE PROTECTION PATRIMONIALE DU MINEUR EN DROIT COMPARÉ

Droit germanique : un régime semblable au droit français

L'autorité parentale, aussi appelée « soins parentaux » de l'autre côté du Rhin, est très semblable au régime posé par le droit français. Les parents ont le droit et le devoir de prendre soin de leurs enfants mineurs (§1626 alinéa 1 BGB). Les soins parentaux englobent aussi bien les soins sur la personne de l'enfant que ceux concernant son patrimoine (*Vermogenssorge*). Ainsi, les parents exerçant l'autorité parentale sont chargés de l'administration des biens de leur enfant mineur. En cas de désaccord, le juge des tutelles peut donner le pouvoir à l'un d'eux de trancher la question.

Comme en droit français, les parents sont institués représentants légaux du mineur. Ils représentent tous deux conjointement l'enfant (*gemeinschaftlich*). Durant sa minorité, seuls les représentants légaux peuvent agir au nom et pour le compte du mineur.

Le mineur est, quant à lui, frappé d'une incapacité totale d'exercice (§104 BGB). Cette dernière peut néanmoins s'estomper lorsque le mineur grandit. Le droit allemand connaît en effet une sorte de gradation dans l'incapacité du mineur selon son âge. Agé de plus de 17 ans, le mineur peut accomplir seul les actes ne présentant aucun risque.
Toute décision qui affecte un mineur doit respecter l'intérêt de l'enfant appelé *Kindeswohl*. À titre d'exemple, l'argent de l'enfant doit être placé de façon utile et profitable à ce dernier. Les revenus de ses biens devant être affectés en priorité aux coûts qu'ils engendrent, puis à son entretien personnel.
Les parents ne peuvent accomplir les actes juridiques dangereux ou aux conséquences graves pour le patrimoine de l'enfant qu'avec l'autorisation du juge. En outre, certains actes portant une atteinte trop importante au patrimoine du mineur sont prohibés – c'est le cas d'une donation des biens de ce dernier.
La gestion du patrimoine de l'enfant mineur par ses parents est placée sous le contrôle du juge des tutelles. Celui-ci peut prendre toute mesure nécessaire si le patrimoine de l'enfant est en danger du fait de la gestion parentale.

Common Law : le mécanisme du Guardianship

En *Common Law*, le mineur est également frappé d'une incapacité générale d'exercice. L'intérêt de l'enfant, le *children welfare*, doit être *la considération suprême* selon l'article premier du **Children Act de 1989 (UK)**.
Le système anglais, à l'instar du système français, prévoit une liberté des parents dans la gestion du patrimoine de leur enfant, encadrée par un contrôle judiciaire. **La responsabilité parentale est en effet placée sous le contrôle de la *High Court*.** Son consentement est requis avant toute mesure importante prise concernant l'enfant.

Contrairement au droit français en revanche, la *Common Law* ne connaît qu'un seul régime de protection : l'institution du ***Guardianship***[6]. Il s'apparente à un régime de tutelle. **Les parents sont les *natural guardians*[7] du mineur**, lorsqu'un ou les deux parents ont la *legal custody*[8] de ce dernier. Cependant, un ***legal guardian***[9] pourra être nommé par le juge afin de gérer les biens du mineur appelé *the ward* si les parents ne sont pas en capacité de s'occuper de l'enfant.

Par opposition au *general guardian*[10], dont les pouvoirs concernent aussi bien la personne que les biens du mineur, **le *special guardian*[11] sera en charge uniquement de la protection patrimoniale de l'enfant.**
Le *guardian*[12] paie les dettes du mineur, gère et administre ses biens dans son intérêt, et le représente en justice. Il ne peut vendre, louer ou affecter en garantie ses biens sans une autorisation judiciaire.

Droit musulman : un régime unique de tutelle sous la gestion unilatérale du père de famille

Le droit musulman connaît une institution particulière : *la wilâya*[16]. Cette dernière peut être présentée comme une tutelle des mineurs Le mineur ne peut pas agir seul, sous peine de nullité de l'acte pour défaut de capacité. Il s'agit du seul régime de protection existant.

Le régime de la *wilâya* est profondément marqué par un contrôle patriarcal. **Sa gestion appartient de plein droit au père de famille.** Les pouvoirs du père de famille, en tant que tuteur, ne sont néanmoins pas absolus. S'il représente le mineur pour les actes de la vie civile, certains actes lui sont interdits et d'autres nécessitent une autorisation judiciaire.

Sont interdits pour le tuteur les actes dépouillant le mineur sans contrepartie, ou les actes pour lesquels les intérêts du tuteur et du mineur se trouvent en opposition. Ne **sont possibles qu'à la condition d'obtenir une autorisation judiciaire** les actes entraînant la disposition de biens immobiliers du mineur, ou les actes étant susceptibles de compromettre sa fortune immobilière. L'autorisation ne peut être donnée qu'en cas de nécessité absolue ou en cas d'avantage évident pour le mineur.

II

DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE

Plusieurs conventions internationales se superposent à la loi nationale du mineur et permettent de déterminer la loi applicable.

FOCUS

PROTECTION PATRIMONIALE DES BIENS DU MINEUR ET TRUST

Le Trust est un mécanisme juridique de *Common Law* en vertu duquel le *trustee*[13], tiers de confiance, acquiert la propriété de certains biens afin de les gérer pour le compte d'un *beneficiary*[14]. Ce procédé peut être utilisé afin de gérer les biens du mineur. Il ne sera plus propriétaire de ses biens et sera le *beneficiary*. Pendant la durée du montage, la propriété appartient au *trustee*, dont les pouvoirs sont déterminés de manière conventionnelle dans le *trust deed*[15]. L'intérêt de recourir au *trust* est de permettre une gestion efficace et sécurisée du patrimoine du mineur durant sa minorité. Il retrouvera son patrimoine à sa majorité. Sa protection est assurée par la responsabilité du *trustee* qui est en effet responsable sur son patrimoine personnel envers le bénéficiaire en cas de manquement aux stipulations du *trust deed*.

DROIT COMMUN ET CONVENTIONS INTERNATIONALES

La loi nationale du mineur

En dehors du champ des conventions internationales, la capacité et la représentation du mineur sont une question de statut personnel et relèvent de la loi nationale du mineur.
Ainsi, l'âge de la majorité est déterminé par la loi nationale, cette dernière déterminant également le régime de protection applicable, les pouvoirs du représentant ainsi que les formalités d'habilitation requises pour effectuer un acte ; qu'il s'agisse d'un acte d'administration ou de disposition.
Néanmoins, ces règles ne s'appliquent que de manière exceptionnelle depuis l'entrée en vigueur des deux conventions de la Haye de 1961 et 1996 et du règlement européen du 27 novembre 2003.

La Convention de La Haye du 5 octobre 1961

La Convention de La Haye de 1961 concerne la compétence des autorités mais traite aussi de la loi applicable en matière de protection du mineur dans sa personne ou ses biens, à l'exception des questions pénales.
Une définition du mineur est proposée par l'article 12 de la Convention qui énonce qu'« *Un mineur est toute personne qui a cette qualité tant selon la loi interne de l'Etat dont elle est ressortissante que selon la loi interne de sa résidence principale* ». Ainsi, une personne n'est mineure que si elle l'est vis-à-vis de ces deux lois – sinon la Convention ne peut s'appliquer.

La Convention de La Haye a une vocation universelle car elle s'applique même dans le cas où le mineur ne serait pas ressortissant d'un Etat signataire ; il suffit simplement que le mineur réside habituellement dans un Etat contractant.
En matière d'autorité, l'article 3 de la Convention prévoit en principe que la loi nationale du mineur est applicable au rapport d'autorité de plein droit et soumet ainsi l'autorité parentale, l'administration légale et la tutelle à la loi nationale du mineur. Aussi, aucune autorité n'intervenant, seul le conflit de loi doit être départagé. Mais si le rapport d'autorité ne venait pas à jouer de plein droit, il faudrait rechercher l'autorité compétente, puis la loi applicable à la situation d'extranéité.
En matière de protection de la personne du mineur ou de ses biens, l'article 1er énonce que les autorités judiciaires et administratives compétentes sont celles de la résidence habituelle du mineur.

Convention de La Haye du 19 octobre 1996

Entrée en vigueur le 1er février 2011 pour tous les Etats l'ayant ratifiée, elle remplace la Convention de La Haye de 1961 et s'applique à tous les enfants n'ayant pas atteint l'âge de 18 ans et ce, quelles que soient les dispositions de sa loi personnelle quant à l'âge de la majorité.
Son champ d'application, prévu à l'article 3, est relatif notamment à l'attribution, l'exercice et le retrait de la responsabilité parentale ; le droit de garde et de visite, la tutelle, la curatelle, la désignation et les fonctions de toute personne ou organisme chargé de s'occuper de la personne, de ses biens et de l'assister et le représenter ; l'administration, la conservation et la disposition des biens du mineur.
La Convention est applicable à tous les mineurs ayant leur résidence habituelle dans un Etat signataire quelle que soit leur nationalité ; les autorités compétentes sont celles de la résidence habituelle de l'enfant, au visa de son article 5.
L'autorité ainsi saisie devra, dans l'exercice de sa compétente, appliquer sa propre loi à moins que la situation d'extranéité présente un lien plus étroit avec un autre Etat. Dans ce cas, l'autorité saisie pourra appliquer ou prendre en considération la loi de cet autre Etat.

Le Règlement Bruxelles II Bis du 27 novembre 2003 et son articulation avec la Convention de La Haye de 1996

Le Règlement Bruxelles II Bis, entré en vigueur le 1er mars 2005, vise la compétence judiciaire en matière de responsabilité parentale. Il concerne les problématiques liées à la personne du mineur, à ses biens ainsi qu'à la détermination de la juridiction compétente pour statuer sur sa représentation légale.
A l'instar de la Convention Bruxelles I Bis, le règlement Bruxelles II Bis concerne l'ensemble des Etats membres de l'UE à l'exception du Danemark. Il s'applique dès lors qu'un mineur a sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat membre et attribue la compétence à la juridiction de la résidence habituelle de l'enfant (article 8 du Règlement).
La résidence habituelle de l'enfant a été définie par la CJCE dans un arrêt rendu le 2 avril 2009[17] comme un lieu qui « ***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 Etat membre et du déménagement de la famille dans cet Etat, la nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de la scolarisation, les connaissances linguistiques, ainsi que les rapports familiaux et sociaux entretenus de l'enfant dans ledit Etat* ».
Mais le règlement émanant de l'Union Européenne, il faut l'articuler avec la Convention de La Haye de 1996. Selon l'article 61 du règlement, la Convention de 1996 est écartée si l'enfant a sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat membre. En revanche, si l'enfant a sa résidence habituelle dans un Etat non-membre mais partie à la Convention de la Haye, cette dernière viendrait à s'appliquer.

L'ÉVICTION DE LA LOI ÉTRANGÈRE CONTRARIANT L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL FRANÇAIS

Il est possible qu'après application de la règle de conflit, la loi étrangère désignée soit contraire à l'ordre public. Cette exception d'ordre public international a pour but d'empêcher, par un mécanisme d'éviction de la loi étrangère qui serait applicable, la perturbation et l'atteinte par celle-ci des conceptions dominantes de l'ordre juridique du for, de sorte que ces normes étrangères « *ne saurai[ent] avoir d'efficacité en France* »[18]. Dans ce cas, la loi française se substitue à la loi étrangère.
Il n'existe cependant pas de réelle définition de la conception française d'ordre public. La jurisprudence l'a définie comme l'ensemble des « ***principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue*** »[19]. Ces principes comprennent l'ensemble des droits ayant pour objectif la protection de la personne humaine et de sa dignité et les droits fondamentaux.
Une loi de police, pour sa part, est, selon l'arrêt Arblade rendu par la CJCE le 23 novembre

1999[20], 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.
Le juge français accueille l'exception d'ordre public lorsque le résultat de l'application de la disposition étrangère est inconciliable avec la conception actuelle de l'ordre public du for.

Ont notamment été qualifiés d'ordre public, le principe d'égalité des filiations ou encore d'égalité des parents : « *le jugement de divorce étranger qui met à néant l'exercice conjoint de l'autorité parentale en donnant à une mère le droit de prendre seule toutes les décisions concernant les enfants et faisant au père des injonctions lui interdisant de recevoir ses enfants en présence d'une femme sauf en cas de mariage porte atteinte à des principes essentiels du droit français, fondés sur l'égalité des parents dans l'exercice de l'autorité parentale et sur le respect de la vie privée et familiale* ».[21]

FOCUS

LA RÉSERVE HÉRÉDITAIRE EST-ELLE D'ORDRE PUBLIC ?

Dans une situation internationale, la loi étrangère applicable à la succession ne saurait être écartée par le juge français au seul motif qu'elle ne connaît pas la réserve. « *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* »[22].

Toutefois, l'absence de réserve ou sa limitation ne doit pas s'accompagner de la violation d'un principe du droit français considéré comme essentiel, tel que la discrimination fondée sur le sexe ou la religion. Et enfin, l'application de la loi étrangère ne doit pas résulter d'une fraude à la loi française.

CONVENTION	CONVENTION DE 1961	CONVENTION DE 1996	RÈGLEMENT EUROPÉEN BRUXELLES CONVENTION DE 2003
ENTRÉE EN VIGUEUR	10/11/1972	01/02/2011	01/03/2005
DOMAINE D'APPLICATION	Compétence des autorités et loi applicable en matière de protection des mineurs. Autorité parentale, administration légale, tutelle légale, assistance éducative.	Compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.	Compétence, reconnaissance, exécution des décisions en matière de responsabilité parentale sur la personne et sur les biens.
CHAMP D'APPLICATION	Mineurs qui ont leur résidence habituelle dans un Etat contractant quelle que soit leur nationalité. (Exceptions : réserve art 13, conventions bilatérales)	S'applique aux enfants jusqu'à leur 18 ans. Pour les conflits de lois : quel que soit leur lieu de résidence Pour les conflits de juridiction : l'enfant doit résider dans un Etat contractant	Tous les pays membres de l'Union européenne sauf le Danemark. Il ne s'applique qu'aux enfants mineurs.
CONFLIT DE LOIS	La loi nationale du mineur détermine les pouvoirs des parents, de l'administrateur légal et du tuteur légal. Si une autorisation est nécessaire : loi de la juridiction compétente	Sur les mesures de protection : loi de l'Etat de la résidence habituelle. Sauf si lien plus étroit avec une autre loi. Sur la responsabilité parentale : loi de l'Etat de la résidence habituelle.	Pas concerné
CONFLIT DE JURIDICTIONS	Les autorités administratives et judiciaires de l'Etat de la résidence habituelle du mineur sont compétentes pour prendre des mesures relatives à la protection de sa personne et de ses biens	Compétence des autorités de l'Etat de résidence habituelle de l'enfant	Compétence des autorités de la résidence habituelle de l'enfant. Sauf transfert de compétence

[17] CJCE 2 avril 2009, aff. C-523/07
[18] Cass. 1ère civ. 23 janvier 1979, n° 77-12.825, Bull. 1979, I, n° 27
[19] Cass. 1ère civ. 25 mai 1948, n° 37.414
[20] CJCE 23 novembre 1999, aff. C-369/96 et C-376/96
[21] Cass. 1ère civ. 4 novembre 2010, n° 09-15.302
[22] Cass. 1ère civ. 27 septembre 2017, n° 16-13.151

HOW TO PROTECT MINOR CHILDREN AFTER PARENTS' DEATH IN THE UK?

MARCUS PARSONS
DIRECTOR
FOR AND ON BEHALF OF KINGSFORDS SOLICITORS LIMITED, ASHFORD, KENT, UNITED KINGDOM

EN ANGLETERRE ET AU PAYS DE GALLES, UNE PERSONNE DÉCÈDE AVEC OU SANS TESTAMENT. LA DISTINCTION PREND DE SON INTÉRÊT DÈS LORS QUE LE DÉFUNT LAISSE UN OU PLUSIEURS ENFANTS MINEURS. LE PRÉSENT ARTICLE EXPOSE LES RÈGLES DE PROTECTION DU MINEUR DANS LE CADRE DES SUCCESSIONS EN ANGLETERRE ET AU PAYS DE GALLES.

When an individual dies in England and Wales they either die testate (with a Will) or intestate (without a Will). The distinction becomes particularly relevant If they die leaving minor children. Outlined below are the key differences between what happens to the estate of an individual who dies testate or intestate leaving minor children, it being assumed for the purpose of the present summary that the individual who has died leaves no surviving spouse/partner as if they did then different rules will apply.

INDIVIDUAL DIES LEAVING A WILL

If the testator has made a Will then various options are available to them when it comes to providing for their minor children.

The testator would have stipulated in the Will who they wish to appoint as guardians of their minor children (the appointment of a guardian will only take effect on the testator's death if at that time there is no other person with parental responsibility for the child): this is one of the many important reasons why people with minor children make Wills.

It is also important to give consideration to the appointment of guardians and the role of the Trustees because Executors and trustees fulfil different roles.

The role of an executor is to collect in the assets of the estate and discharge the liabilities of the estate. Once these have been discharged, the executors will hold the remainder of the estate as trustees, on trust for the beneficiaries, for example the minor children, until they attain of age. If different

persons are appointed as executors and trustees, the executors will need to vest the estate in the trustees.

Where a Will contains a trust it is normal to appoint the same persons as both executors and trustees
Often people will wish to appoint the same person as a guardian and a Trustee but this may give rise to a conflict so different individuals should be appointed. It would be prudent to state at this point that any provisions that provide for a minors interest to be held in trust must be held by at least two trustees.

The various option available to an individual to provide for their minor children are as follows;

- Within the Will the testator can stipulate that the children will be fully entitled to the assets at the age of 18. Whilst they remain under that age the assets are held in Trust and managed by the Trustees (whom are appointed in the Will) until the children attain 18. For tax purposes this is known as a **bereaved minors Trust** and receives a beneficial tax advantage. The disadvantage with this type of trust is that the children receive the money at the age of 18, something that concerns a lot of parents and often this is the least preferred option.

- Alternatively, the testator could stipulate that the children will not receive their share of the estate until they attain the age of 25. This would be classed as **an 18-25 Trust**. The main advantage of this type of trust is that the children do not receive the estate until they are 25. Once the child has attained the age of 18 and the estate remains in trust until they attain 25 it is subject to an inheritance tax charge but this is often seen as a small price to pay to ensure the children do not receive the estate until 25.

- With the two above options, the Trustees do have the discretion to apply the trust assets for the benefit of the child if they so wish as provided for under **the Trust Act 1925;** the same also applies for any income that the trust generates in that this can be applied for the benefit of the child. This power given to the Trustees can be useful if money is needed for the children's school fees or university fees. As the Trustees have this power it is very important the testator appoints individuals who they trust as it is possible to advance all of the children's share of the estate under this Act. This power can be varied or limited in the Will, should the parent so wish.
- Within the Will the testator could also leave a life interest to the children so for example the money on the estate would be left in the life interest trust but the children would be entitled to the interest the money generates or the right to live in a property but would never own the assets outright.

- Within the Will the testator could leave the estate in a **discretionary trust** so the assets in the trust are held by the trustees who make the decision as to who receives the assets.

INDIVIDUAL DIES WITHOUT A WILL

The statutory trusts will apply, which means that the estate is held in trust for the children as are living at the date of death and who attain the age of 18 or who marry or form a civil partnership under that age.

L'ORGANISATION À TRAVERS UN MANDAT DE PROTECTION FUTURE

MARIE CHOPLIN-TEXIER

AVEC LA PARTICIPATION DE :

ANATOLE BOUDESSEUL

TITOUAN VIGNEAU

Quand on parle de vulnérabilité, on pense en premier lieu aux personnes âgées. Ce sont d'ailleurs elles qui se tournent en majorité vers le mandat : à lire les statistiques du ministère de la Justice, en 2015, 83% des mandants avaient plus de 80 ans[1] !

Mais nous sommes tous vulnérables, et c'est à tout moment que nous pouvons subir une altération de nos facultés, fusse-t-elle définitive ou temporaire, totale ou partielle, physique ou intellectuelle.

Un outil juridique peut nous permettre de nous en prémunir, il s'agit du mandat de protection future.

Introduit en France par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 aux articles 477 et suivants du Code civil, le mandat de protection future illustre parfaitement les tendances actuelles du droit des personnes et de la famille : la contractualisation et le rôle croissant de la volonté.

Plus récemment placé en première position des dispositifs de protection par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, il est plus que jamais d'actualité, et prime sur l'application des règles des régimes matrimoniaux ainsi que sur les mesures de protection judiciaire[2].

Rappelons-le, ce mécanisme permet à toute personne qui le souhaite et qui est en pleine capacité de ses moyens, de préparer et d'anticiper toute éventuelle perte future, temporaire ou définitive, de facultés à laquelle elle pourrait devoir faire face.

C'est un mandat, le plus souvent pour soi-même, signé devant notaire ou par acte sous seing privé. Notarié, il permettra également d'être donné pour autrui (parents souhaitant anticiper la protection future de leur enfant incapable ou handicapé), et de prévoir des pouvoirs plus larges octroyés au mandataire.

La grande liberté contractuelle offerte à cet instrument permet la rédaction d'un acte sur mesure, répondant au mieux aux souhaits exprimés par le mandant.

En droit interne, cet outil, séduisant - qui, insistons, place la volonté de la personne au centre de la protection à l'exclusion presque totale du contrôle du juge - s'est accompagné de certaines difficultés[3] liées notamment à l'absence de publicité. Si le législateur a récemment tenté d'y remédier en instaurant un registre, nous sommes toujours en attente de la publication du décret d'application.

Dans un contexte international, mobilité internationale du mandant, mobilité internationale du mandataire, patrimoine à l'étranger, sont autant de facteurs qui doivent nous amener à nous interroger sur le fonctionnement de « notre » mandat de protection future au-delà de nos frontières, et sur son efficacité.

Il apparaît que le mandat de protection future connaît des "frères jumeaux" à l'étranger. En premier lieu, dans les pays de *Common Law*, et notamment au Canada, qui connaît depuis 1990 le mandat en prévision de l'inaptitude[4], dont notre législateur semble s'être tout particulièrement inspiré.

Au sein de l'Union Européenne[5] plusieurs pays, comme l'Allemagne, l'Espagne, pour ne citer qu'eux, ont mis en place des mécanismes permettant la possibilité pour les majeurs capables d'organiser leur protection future.

La Convention de la Haye du 13 janvier

> "La vieillesse arrive brusquement, comme la neige. Un matin au réveil, on s'aperçoit que tout est blanc."
>
> *JULES RENARD, ÉCRIVAIN*

FOCUS

L'ARTICLE 3 DU CODE CIVIL

Il est nécessaire de rappeler qu'en vertu de l'article 3 du Code civil, qui dispose que les *"lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers"*, la loi nationale de la personne régit sa capacité.

2000 sur la protection internationale des adultes[6], signée par la France le 13 juillet 2001, 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 »[7]. Cette convention, ratifiée à ce jour par douze Etats (Allemagne, Autriche, Chypre, Royaume-Uni pour l'Ecosse seulement, Estonie, Finlande, Lettonie, Principauté de Monaco, République tchèque, Suisse, Portugal), est entrée en application en France depuis le 1er janvier 2009, et a créé un instrument international nouveau, le mandat d'inaptitude. L'article 15 de ladite Convention le définit comme la possibilité de prévoir « les pouvoirs de représentation conférés par un adulte, soit par un accord soit par un acte unilatéral, pour être exercés lorsque cet adulte sera hors d'état de pourvoir à ses intérêts ».
Si la Convention apporte bon nombre de réponses aux questions posées, des zones d'ombres subsistent, pour les pays signataires – en raison de lacunes de la Convention – et dans les pays non-signataires – en raison de l'absence de convention ou de réglementation spécifique.
Le sujet est d'ailleurs toujours d'actualité. Le 4 juin dernier, lors du 115ème Congrès des Notaires de France[8], de nouvelles propositions étaient faites et notamment :

- d'assurer l'interconnexion du registre français des mandats de protection future avec les autres registres nationaux des États connaissant le mandat ou qui pourraient reconnaître les effets d'un mandat établi à l'étranger afin de garantir au niveau international, une mesure de publicité accessible aux personnes et autorités habilitées ;
- et préalablement, que soit publié le décret en Conseil d'État, sur la mise en œuvre et les modalités d'accès du registre national des mandats de protection future sans plus attendre, conformément à la loi du 28 décembre 2015 qui l'a instauré[9].

Etant de loin le plus protecteur, nous ne nous intéresserons ici qu'au mandat de protection future notarié, de sa mise en place (I) à sa mise en œuvre (II), le tout dans un contexte international.

I

LA MISE EN PLACE DU MANDAT DE PROTECTION FUTURE NOTARIÉ FRANÇAIS

LA SIGNATURE DU MANDAT EN FRANCE OU À L'ÉTRANGER

Le mandat de protection future notarié français est reçu par un notaire, en présence du mandant, et du (ou des) mandataire(s). Ce dernier peut cependant accepter le mandat, dans les mêmes formes, par acte séparé ultérieurement[10].
Si un français résidant à l'étranger souhaite régulariser un tel acte, la suppression des attributions notariales des consulats depuis le 1er janvier 2019 a rendu la procédure plus compliquée. En dehors du Sénégal et de la Côte d'Ivoire, il lui faudra saisir un notaire de droit civil local. L'acte devra ensuite être légalisé ou apostillé.
Passé cette signature, il peut se passer des semaines, des mois, des années « d'attente ». Dans certains cas, le mandat n'entrera même jamais en application.
Une petite parenthèse peut être ouverte sur l'absence de concomitance française entre signature et mise en œuvre du mandat. Il faut avoir toute sa capacité juridique et ses facultés pour signer le mandat, qui ne pourra entrer en application que dans un second temps. Dans d'autres pays, comme la Belgique, le législateur a prévu que le mandat puisse être signé et mis en œuvre concomitamment. Ce qui peut permettre un meilleur accompagnement du mandant, qui agit *ab initio* de concert avec le mandataire[11].

LA LOI APPLICABLE AUX DISPOSITIONS DU MANDAT

La loi applicable au mandat de protection future est déterminée par la Convention de la Haye du 13 janvier 2000.
Cette Convention laisse le choix au mandant[12]. Ce dernier peut choisir, pour l'**existence**, l'**étendue**, la **modification et l'extinction des pouvoirs de représentation** :

- La loi applicable à son lieu de résidence au moment de l'établissement du mandat (c'est également la loi applicable à défaut de choix exprès de sa part[13]) ;
- La loi de l'Etat dont il a la nationalité, ou loi de l'un des Etats dont il a la nationalité ;
- La loi applicable dans l'Etat dans lequel il a résidé précédemment.

Le mandant devra être informé des dispositions de la loi qu'il peut être amené à choisir, et ce pour être certain que ce qu'il souhaite mettre en place est autorisé par la loi en question. Le contenu différent des lois dont il peut faire le choix pourra, et même devra, le guider dans son choix de loi applicable.
Pour la gestion de son patrimoine, il pourra, par ailleurs, choisir la loi de l'Etat dans lequel est situé chaque bien. Plusieurs lois pourront alors être prévues[14], la Convention admettant une "faculté de dépeçage" lorsque le majeur

[1] Min. justice, DACS-Pôle d'évaluation de la justice civile, août 2015
[2] C. civ., art.428 ; C. civ., art 483
[3] À ce sujet, voir les critiques du Professeur Leveneur, Intérêts et limites du mandat de protection future, *in* Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois, p. 571 et s
[4] C. civ. québécois, art. 2166 et s
[5] D. Guérin-Seysen, La dimension internationale de la protection juridique des majeurs, RDSS 2011. 279
[6] Pour une étude complète de la convention de la Haye : M. Revillard, « La convention de la Haye sur la protection internationale des adultes et la pratique du mandat d'inaptitude »
[7] Art. 1.1 de la Convention de la Haye.
[8] 115ème Congrès des Notaires de France – 2ème commission – Bruxelles, 4 juin 2019
[9] Loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement
[10] M.-C. FORGEARD et N. LEVILLAIN, Mandat de protection future et pratique notariale, Defrénois 2008, art. 38730, n° 24
[11] Nathalie Peterka, Professeur à l'Université Paris-Est Créteil, Rapport interministériel sur la protection juridique des majeurs : quels enjeux pour l'avenir ?
[12] Article 15.2 de la Convention
[13] Article 15.1 de la Convention
[14] P. Lagarde, Rapport explicatif sur la Convention Protection des adultes de 2000, spé. n° 103

possède des biens dans une pluralité de pays. Comme le souligne le rapporteur[15], une difficulté peut se rencontrer lorsque la loi désignée est celle d'un pays non-partie à la convention.
En effet, la désignation de la loi d'un pays contractant ne posera pas de difficultés. Si par exemple, un français part vivre en Allemagne et qu'il avait signé un mandat de protection future en France, ce mandat restera valable et pourra s'appliquer en Allemagne. La situation pourra être plus délicate si le mandant français part s'installer dans un pays non contractant, ignorant ce type d'institution. Il faudra s'assurer en amont de l'applicabilité des mesures prises, et consulter le droit international privé local.
A noter, si la loi de résidence est applicable, peu importe que le mandant soit mobile et change à l'avenir de résidence, le critère étant la **résidence au jour de l'établissement du mandat**, ce qui assure une stabilité bienvenue.

A titre d'exemple, **la loi française, dans un contexte international, s'appliquera :**
- Si elle a été choisie par un français vivant à l'étranger ;
- Si elle a été choisie par un étranger ayant résidé en France ou possédant des biens en France ;
- Si, à défaut de choix, le mandant résidait en France lorsqu'il a établi le mandat.

PARTICULARITÉS DU MANDAT DE PROTECTION FUTURE POUR AUTRUI

Nous l'avons dit dans nos propos introductifs, le législateur français a prévu le mandat de protection future pour autrui : le parent d'un enfant handicapé ou incapable peut donner mandat à un tiers pour le cas où lui-même ne pourrait plus pourvoir aux intérêts de son enfant[16].
La Convention de la Haye de 2000 précitée ne vise que les pouvoirs conférés par un adulte pour lui-même, et non pour autrui. Par conséquent, il nous apparaît délicat dans ces conditions ne pouvoir envisager l'application à l'étranger d'un tel mandat.

II

LA MISE EN ŒUVRE À L'ÉTRANGER DU MANDAT DE PROTECTION FUTURE NOTARIÉ FRANÇAIS

LA PRISE D'EFFET DU MANDAT

La place importante du médecin : une spécificité bien française ?

Le Code civil prévoit, pour que le mandat entre en application, que le mandataire doive produire au greffe du tribunal d'instance du lieu de résidence du mandant certains documents : la copie authentique du mandat, sa pièce d'identité, des pièces justificatives d'identité et de résidence du mandant et un certificat médical attestant de l'altération des facultés mentales ou corporelles du mandant de nature à empêcher l'expression de sa volonté. **Le certificat médical** doit émaner d'un médecin choisi sur une liste établie par le procureur de la République[17]. À la suite du contrôle formel du greffier, une publication dans un registre spécial est prévue. En droit français, le législateur a donc placé le médecin au cœur de la procédure. Le certificat médical est "la pièce maîtresse, première et indispensable pour ouvrir toute mesure de protection"[18].
Que se passe-t-il si le mandat doit prendre effet alors que le mandant s'est installé à l'étranger ? Si les premières conditions ne semblent pas poser de difficultés, quel certificat médical le mandataire doit-il présenter ? S'agissant de cette dernière exigence, elle ne semble pas transposable à l'étranger.
Selon une réponse ministérielle récente (et contestée comme nous le verrons *infra*)[19], il semblerait que la nécessité de produire un certificat médical ne s'applique que pour le français ayant sa résidence habituelle en France. La loi applicable n'est pas celle régissant le mandat, mais celle du pays où le mandataire exerce ses pouvoirs.
Mais qu'en est-il alors ? Doit-on considérer, si le mandant s'est installé à l'étranger, que le mandat puisse prendre effet sans contrôle médical préalable ? Dans certains pays, nous l'avons dit ci-dessus, la concomitance entre la signature et la prise d'effet du mandat rend sans objet cette exigence. Mais pour un mandat français, l'absence de contrôle nous semble inconcevable[20] et la question de savoir quel médecin est habilité pour intervenir semble ne pas avoir obtenue de réponse certaine pour le moment.

Il nous semble que, quel soit le pays dans lequel se trouve le mandant, un certificat médical doive être établi pour que le mandat de protection future français puisse prendre effet.

L'absence de registre transnational

Aucun registre national ou transnational n'existe à ce jour pour faire circuler les informations relatives à la prise d'effet d'un mandat. Si, en droit interne, cette absence de publicité fait défaut et, comme nous l'avons vu *supra*, fait l'objet de demandes répétées, elle constitue également un véritable enjeu en droit international. Le mandat est conçu comme un outil de représentation, le mandant pouvant conserver sa capacité. Dans ce contexte, mandant et mandataire peuvent se retrouver avec des pouvoirs concurrents, ce qui peut être problématique aux yeux des tiers[21].

[15] Ibid. n° 104
[16] C. civ. art. 477, al.3
[17]C. civ. art. 481 et CPC, art. 1258 à 1258-4
[18] F. Fresnel, "Le médecin choisi inscrit sur la liste et la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs", Gaz Pal. 10 novembre 2007, n° 314, p. 2
[19] Rep. min. 3037, JO Sénat 31 mai 2018, p. 2688 ; JCP N 14 juin 2018, n° 24, p.13, act 546 : Mandat de protection future et expatriation
[20] À ce sujet, « Mandat de protection future des français établis hors de France », Gazette du Palais n° 33 p. 45
[21] D. Fenouillet, « Le mandat de protection future ou la double illusion », Defrénois 30 janvier 2009, p. 142, n° 38882, n° 31
[22] P. Sanséau, Le mandat de protection future dans l'ordre international - De la théorie ... à la pratique : Actes pratiques et stratégie patrimoniale 2019 n° 1 dossier 5
[23] D. Lambert, Curieuses précisions sur le mandat de protection future pour les Français établis
à l'étranger : Sol. Not. 14 juin 2018, n° 20, act. 7, p. 7, inf. 4
[24] Le rapport prend l'exemple de la vérification d'une procédure d'autorisation lorsque le mandant stipule une telle procédure
[25] C. civ. Art. 486
[26] M. Farge, Dalloz Action Droit de la famille,
n° 542.43
[27] M. Revillard, « Protection internationale des adultes et droit international privé des majeurs protégés », Defrénois 2009. art. 38876, 35 et s

FOCUS

LE CHOIX DU LIEU DE VIE

Cette absence de registre est d'autant plus regrettable que le mandant pourra choisir de changer de lieu de vie, même en cours de mandat. A défaut de précision expresse dans le mandat, le mandant conservera le pouvoir de choisir seul (dès lors qu'il est capable de s'exprimer de façon raisonnée) le lieu où il souhaite établir son domicile. Il pourra notamment décider de quitter la France pour aller s'installer à l'étranger.

Loi applicable à l'exécution

Les **modalités d'exercice des pouvoirs de représentation** sont soumises à la loi de l'Etat dans lequel ils sont exercés. Cela signifie qu'il faut s'intéresser à la loi du pays où le mandataire exerce ses pouvoirs, et non à la loi de résidence habituelle du mandant.
Ce qui peut aboutir à quelques discordances entre ce qui a pu être indiqué dans le mandat signé, et son exécution. Par exemple, si la loi française exige qu'une autorisation judiciaire soit obtenue pour vendre un immeuble situé en France : si la loi étrangère applicable ne l'exige pas, l'autorisation ne devrait pas être obtenue. Si la loi étrangère l'exige, elle devra être délivrée[22].
Ces dispositions semblent cependant avoir été mises à mal par la réponse ministérielle précitée de 2018 qui prévoit que pour les français séjournant dans un Etat ayant adhéré à la convention de la Haye, « les modalités d'exercice du mandat de protection future sont régies par la loi du pays où le ressortissant a sa résidence habituelle ». Elle indique par ailleurs que si le ressortissant est domicilié dans un Etat 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 interprétation a pu légitimement surprendre les commentateurs car elle vient contredire les dispositions de la Convention de la Haye et donc compliquer la mise en œuvre du mandat[23]. Pour pallier ces difficultés, certains auteurs considèrent que la notion de « modalités d'exercice » issue de l'article 15.3 de la Convention, devrait être interprétée de manière restreinte. En effet, « l'étendue des pouvoirs » ne semble pas comprise dans ces termes, mais simplement des « points de détails[24] » . De sorte que les questions d'étendue des pouvoirs seront bien régies par les articles 15.1 et 15.2.

L'hypothèse de la défaillance du mandataire

En droit français, la mission du mandataire est très encadrée : il doit rendre compte de sa mission[25].
L'article 16 de la Convention de la Haye prévoit le retrait ou la modification des pouvoirs dans l'hypothèse de la défaillance du mandataire. On remarque alors une conciliation opportune entre le respect de la volonté individuelle exprimée par l'adulte et la protection effective de ce dernier. En effet, l'autorité compétente pourra effectuer des modifications des pouvoirs du représentant, ou lui substituer une protection selon sa loi que sous certaines conditions. Elle ne le pourra que lorsque sera constatée une insuffisance de protection de la personne ou des biens du majeur, et devra en outre prendre en compte la loi évincée "dans la mesure du possible" (article 16). Cette disposition est intéressante à deux égards. D'abord, lorsque l'autorité compétente ne connaît pas la figure du mandat d'inaptitude car elle permet d'assurer une protection de la volonté du majeur en limitant l'éviction des prévisions qui ont été faites. Ensuite, elle l'est également lorsque la loi désignée était lacunaire et n'envisageait pas l'hypothèse de la défaillance du mandataire[26].

L'exécution et l'ordre public international

L'exécution du mandat pourra être empêchée par le pays dans lequel il est exécuté, quand bien même sa loi n'a pas été désignée, si elle porte atteinte à l'ordre public international de ce pays. C'est notamment le cas pour les prévisions contractuelles dont la validité ne fait pas l'objet d'un consensus entre les Etats contractants. Ainsi, les stipulations réglant le cas de l'acharnement thérapeutique pourraient par exemple être écartées en France quand bien même acceptées par la loi désignée dans le mandat[27].

L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL PRIME ET PEUT EMPÊCHER CERTAINES DISPOSITIONS PRISES DE S'APPLIQUER (NOTAMMENT LES DIRECTIVES DE FIN DE VIE DÉCIDÉES PAR LE MANDANT).

**Si nous devions conclure cette étude non exhaustive, soyons optimistes ! Le mandat de protection future est un bel outil, qui répond à une préoccupation plus que jamais d'actualité. Envisager sa signature permet aujourd'hui à l'adulte d'exprimer ses souhaits, aux familles d'échanger.
Nous pouvons penser que la pratique permettra de le faire évoluer dans le bon sens, en comblant les lacunes existantes.**

PARTIE II

ORGA SON PA

NISER TRIMOINE

FAMILIAL

LA FRANCE AU QUÉBEC : LES FAUX AMIS

JULIE LORANGER
NOTAIRE, BCF AVOCATS D'AFFAIRES
MONTRÉAL (QUÉBEC) CANADA[1]

Nombreux sont les non-juristes à croire à la similarité entre les lois de leur pays et les lois de leur pays d'accueil. Le fait de parler français et d'être régi par un code civil contribue à nourrir cette perception erronée des immigrants français.

Pourtant, le Code civil du Québec[2] a été établi dans un contexte fort différent de celui de la France. En effet, le Code civil du Québec et celui de la Louisiane[3] sont des exceptions en Amérique du Nord où la Common Law constitue le droit commun. De plus, le Québec est la seule province du Canada où la profession juridique est scindée entre les avocats et les notaires. Les notaires ayant une formation universitaire n'existent qu'au Québec et l'expression « notary public » dans les autres provinces canadiennes réfère généralement à des commissaires à l'assermentation sans formation juridique[4].

Les nouveaux arrivants oublient souvent que les lois sont différentes d'une province canadienne à l'autre. En effet, le Canada est un pays fédéral composé de dix provinces et de trois territoires[5]. La constitution canadienne autorise chaque province à légiférer sur certains aspects, notamment sur la propriété et les droits civils dans la province concernée[6]. Bien que toutes les autres provinces canadiennes soient régies par la Common Law, les lois diffèrent également d'une province à l'autre.

Afin de sensibiliser les nouveaux arrivants aux conséquences juridiques de changer de pays, nous utiliserons un cas pratique pour illustrer les règles relatives au patrimoine familial et l'impact juridique de ces règles sur les rapports économiques entre les époux.

LE PATRIMOINE FAMILIAL DU QUÉBEC, UNE BONNE OU UNE MAUVAISE SURPRISE ?

CAS PRATIQUE

Romain a accepté un poste intéressant dans une entreprise exerçant ses activités au Québec et son épouse Mathilde a accepté de le suivre dans son aventure au Canada.

Romain et Mathilde se sont mariés en France il y a quelques années. Avant la célébration de leur union, ils ont signé un contrat de mariage devant un notaire français afin d'adopter le régime de la séparation de biens.

Avant de partir pour le Québec, ils ont consulté leur notaire français, lequel les a assurés de la reconnaissance de leur contrat de mariage au Canada.

Après deux années passées au Québec, ils décident de faire les démarches nécessaires pour s'y établir de manière définitive et d'obtenir leur citoyenneté canadienne.

[1] La biographie de Julie Loranger est disponible sur le site internet de la firme de BCF, avocats d'affaires https://www.bcf.ca/fr/equipe/julie-loranger

[2] (« C.c.Q. ») LRQ CCQ-1991 (Le Code civil du Québec est entré en vigueur le 1er janvier 1994, il visait à moderniser le Code civil du Bas-Canada.) (« C.c.Q. ») Le Code civil du Québec peut être consulté sur le site de Publications du Québec, mis à jour le 1er mai 2019 http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/ShowDoc/cs/CCQ-1991. Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12) et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.

[3] Site de Louisiana State Legislature, mis à jour le 3 juin 2019 http://www.legis.la.gov/legis/Laws_Toc.aspx?folder=67&level=Parent

[4] Il existe des notaires dans la province de la Colombie Britannique, mais une formation juridique universitaire n'est pas requise pour exercer cette charge (voir les exigences sur le site de leur association). Site de Notaries public of British Columbia, date de mise à jour non disponible https://www.notaries.bc.ca

[5] Site du gouvernement du Canada, dernière modification le 12 juillet 2017 https://www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/services/nouveaux-immigrants/preparer-vie-canada/provinces-territoires.html

EN VERTU DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ QUÉBÉCOIS, LE CONTRAT DE MARIAGE FRANÇAIS SERA EFFECTIVEMENT RECONNU[7]. LES ÉPOUX SERONT ASSUJETTIS AUX RÈGLES DU PATRIMOINE FAMILIAL DU QUÉBEC[8].

Mathilde n'a pas réussi à dénicher un travail à la hauteur de ses qualifications et elle gagne un salaire très inférieur à celui qu'elle recevait en France.

Les époux ont récemment décidé d'acheter une résidence près de leur travail. Romain désire inscrire le titre de propriété uniquement à son nom, car le prix de la résidence sera payé entièrement par lui à même ses économies accumulées avant son mariage et son salaire, en versant la mise de fonds et en assumant seul les versements hypothécaires.

Lors de la rencontre pour signer l'acte d'hypothèque, le notaire québécois explique au couple qu'advenant une séparation ou un divorce, la valeur nette de la résidence devra être partagée en parts égales entre les époux même si le titre de propriété est uniquement au nom de Romain.

Romain est inquiet et sceptique sur les conseils reçus, car son notaire français lui avait dit que son régime matrimonial serait respecté au Québec.

RECONNAISSANCE DU RÉGIME MATRIMONIAL ÉTRANGER

Le domicile d'une personne est le lieu de son principal établissement[9]. Le domicile est une question de faits, il ne s'agit pas d'un choix et ne correspond pas nécessairement à la résidence fiscale d'une personne. Un changement de domicile s'opère par le fait d'établir sa résidence dans un autre lieu avec l'intention d'en faire son principal établissement. La preuve résulte des déclarations de la personne et des circonstances[10]. Si une personne a des liens avec plusieurs juridictions, on considère pour l'établissement du domicile la résidence possédant le caractère principal[11].

Le notaire français avait donc raison sur le principe, le choix du régime matrimonial sera respecté.

Toutefois, les effets du mariage prévus par le Code civil du Québec s'appliqueront à Romain et Mathilde dès qu'ils seront considérés domiciliés au Québec[12].

LES EFFETS DU MARIAGE APPLICABLES À TOUS LES ÉPOUX

Les effets du mariage prévus par le Code civil du Québec sont ceux qui s'imposent à tous les époux quel que soit leur régime matrimonial[13].

Parmi les effets du mariage susceptibles d'avoir un impact économique important, il y a le patrimoine familial et la prestation compensatoire[14]. La prestation compensatoire peut être ordonnée par le tribunal dans certaines circonstances lorsque l'un des époux est propriétaire d'une entreprise et l'autre époux y a collaboré de manière régulière sans recevoir une compensation suffisante[15].

Comme Romain n'est pas propriétaire d'une entreprise, nous nous attarderons uniquement sur les règles du patrimoine familial.

L'OBJECTIF DES DISPOSITIONS DU PATRIMOINE FAMILIAL EST D'ASSURER UNE PROTECTION MINIMALE AUX ÉPOUX MARIÉS[16], PEU IMPORTE LE RÉGIME MATRIMONIAL LES GOUVERNANT.

LE PATRIMOINE FAMILIAL OU LE RÉGIME PRIMAIRE QUÉBÉCOIS

Ainsi, le mariage emporte la constitution d'un patrimoine familial formé de certains biens des époux sans égard à celui des deux qui détient un droit de propriété sur ces biens.

En résumé, les biens visés par le patrimoine familial sont les résidences de la famille ou les droits qui en confèrent l'usage, les meubles qui les garnissent ou les ornent et qui servent à l'usage du ménage, les véhicules automobiles utilisés pour les déplacements de la famille et les droits accumulés durant le mariage au titre d'un régime de retraite[18].

S'agissant des biens exclus du patrimoine familial, il faudra examiner le régime matrimonial des époux pour déterminer si une partie de la valeur de ces biens sera assujettie à un partage lors de la dissolution d'un mariage. Si un bien est partagé en vertu du patrimoine familial, il n'est pas nécessaire d'examiner les règles du régime matrimonial, car la valeur de ce bien ne sera pas partagée à nouveau.

[6] Loi constitutionnelle de 1867 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.U.), art. 92 (13).
[7] Art. 3109, 3111 et 3122 C.c.Q.
[8] L'article 414 C.c.Q prévoit : « Le mariage emporte constitution d'un patrimoine familial formé de certains biens des époux sans égard à celui des deux qui détient un droit de propriété sur ces biens ».
[9] Art. 75 C.c.Q.
[10] Art. 76. C.c.Q.
[11] Art. 77 C.c.Q.
[12] L'article 3089 C.c.Q. stipule : « Les effets du mariage, notamment ceux qui s'imposent à tous les époux quel que soit leur régime matrimonial, sont soumis à la loi de leur domicile. Lorsque les époux sont domiciliés dans des États différents, la loi du lieu de leur résidence commune s'applique ou, à défaut, la loi de leur dernière résidence commune ou, à défaut, la loi du lieu de la célébration du mariage ».
[13] Les effets du mariage sont prévus aux articles 391 à 430 C.c.Q.
[14] Pour une étude élaborée sur l'interaction entre le droit matrimonial et le droit international privé, voir l'article écrit par Talpis, Jeffrey « Pervasive problems in the division of assets on the breakdown of marriage under Québec private international law, Trusts & Trustees, Vol. 25, No. 1, February 2019, pp. 160-170 ». Le professeur Talpis confirme notamment: « Both the right to a partition of the family patrimony assets and a compensatory allowance are deemed "effects of the marriage" and apply irrespective of the matrimonial regime» (p. 161).
[15] Art. 427 C.c.Q. se lit comme suit : « Au moment où il prononce la séparation de corps, le divorce ou la nullité du mariage, le tribunal peut ordonner à l'un des époux de verser à l'autre, en compensation de l'apport de ce dernier, en biens ou en services, à l'enrichissement du patrimoine de son conjoint, une prestation payable au comptant ou par versements, en tenant compte, notamment, des avantages que procurent le régime matrimonial et le contrat de mariage. Il en est de même en cas de décès; il est alors, en outre, tenu compte des avantages que procure au conjoint survivant la succession. Lorsque le droit à la prestation compensatoire est fondé sur la collaboration régulière de l'époux à une entreprise, que cette entreprise ait trait à un bien ou à un service et qu'elle soit ou non à caractère commercial, la demande peut en être faite dès la fin de la collaboration si celle-ci est causée par l'aliénation, la dissolution ou la liquidation volontaire ou forcée de l'entreprise. »
[16] Ces dispositions s'appliquent également aux personnes unies civilement au sens des articles 521.1 C.c.Q. et suiv. Lorsque le texte parle d'époux, cette expression inclut aussi un conjoint uni civilement. L'union civile a été créée au Québec en 2002, notamment pour permettre aux conjoints de même sexe de s'unir afin de bénéficier de certaines protections jusqu'alors réservées aux époux. Les conjoints de même sexe peuvent se marier depuis 2005. L'union civile existe toujours, mais il y en a très peu au Québec. Les conjoints unis civilement ne sont pas des conjoints de fait.
[17] Art. 414 C.c.Q.
[18] Art. 415 C.c.Q.

LE PATRIMOINE FAMILIAL EST-IL UNE BONNE OU UNE MAUVAISE SURPRISE?

Romain ne voit pas le patrimoine familial comme une bonne surprise, car il paiera en totalité pour la résidence et devra partager la moitié de la valeur nette de celle-ci en cas de dissolution du mariage. Toutefois, pour Mathilde qui a abandonné un emploi plus rémunérateur pour suivre Romain, cela pourrait constituer une sécurité financière et lui permettre, en cas de dissolution du mariage, de compenser une partie des désavantages financiers découlant des choix effectués par les époux au cours de leur mariage.

Il est utile de rappeler que le patrimoine familial ne suivra pas les époux s'ils déménagent dans une autre juridiction. En conséquence, si Romain obtient une promotion et doit travailler à Toronto, soit en Ontario, une autre province canadienne, il serait judicieux de consulter au préalable un juriste de cette province pour connaître les droits des époux.

L'époux le plus vulnérable dans la situation décrite est Mathilde et non Romain, surtout si elle perd sa capacité d'exercer un emploi rémunérateur.

Le transfert de biens de Romain à Mathilde (par exemple, en acquérant les biens aux noms des deux époux ou déposer des sommes d'argent dans le compte de Mathilde) ou la modification du contrat de mariage[19] pour prévoir un partage de biens advenant la dissolution du mariage pourrait également conférer une sécurité financière à Mathilde.

LES ÉPOUX PEUVENT-ILS SE SOUSTRAIRE AUX RÈGLES DU PATRIMOINE FAMILIAL EN MODIFIANT LEUR CONTRAT DE MARIAGE?

Les époux ne peuvent renoncer aux règles du patrimoine familial dans un contrat de mariage durant leur mariage[20]. Les époux peuvent renoncer au patrimoine familial uniquement lors de la dissolution du mariage (décès ou divorce)[21].

Les conjoints peuvent éviter le patrimoine familial en ne se mariant pas, car les conjoints de fait ne sont pas assujettis à ces dispositions[22].

Certains époux peuvent également réduire la valeur partageable du patrimoine familial en n'investissant pas la totalité de leurs économies dans les biens inclus dans le patrimoine familial. Ainsi, connaissant les règles du patrimoine familial, Romain pourrait prendre la décision d'emprunter une somme plus importante pour l'acquisition de la résidence et choisir d'investir ses économies dans des placements hors les régimes[23] inclus dans les biens visés par le patrimoine familial.

CARACTÉRISTIQUES DU PATRIMOINE FAMILIAL

Lors du partage du patrimoine familial, le partage se fait en valeur et non en propriété dans les biens composant le patrimoine familial[24].

Les droits découlant du patrimoine familial sont transmissibles[25] et peuvent être réclamés par les héritiers de l'époux décédé.

Dans des cas exceptionnels, le tribunal peut déroger au principe du partage égal lorsqu'il en résulterait une injustice compte tenu, notamment, de la brève durée du mariage, de la dilapidation de certains biens par l'un des époux ou encore de la mauvaise foi de l'un d'eux[26].

CALCUL DE LA VALEUR PARTAGEABLE

La valeur partageable sera la valeur marchande nette des biens composant le patrimoine familial de chaque époux à la date de la dissolution du mariage (date de décès ou date d'introduction de l'instance). Ce ne sont pas toutes les dettes qui peuvent réduire la valeur partageable, mais uniquement les dettes contractées pour l'acquisition, l'amélioration, l'entretien ou la conservation des biens[27].

Une fois établie la valeur nette du patrimoine familial, on déduit la valeur du bien faisant partie du patrimoine familial détenu par un époux au moment du mariage. On déduit également la valeur d'un don ou d'un héritage pour l'achat d'un bien du patrimoine familial.

La loi prévoit qu'on déduit aussi une partie de la plus-value reliée à cet apport[28].

Le remploi, pendant le mariage, d'un bien du patrimoine familial possédé lors du mariage, donne lieu aux mêmes déductions en faisant les adaptations nécessaires[29].

Le tribunal peut toutefois, à la demande de l'un ou l'autre des époux ou de leurs ayants cause, décider que la valeur nette du patrimoine familial sera établie selon la valeur de ces biens et de ces dettes à la date où les époux ont cessé de faire vie commune[30].

[19] Art. 3124 C.c.Q. prévoit : « La validité d'une modification conventionnelle du régime matrimonial ou d'union civile est régie par la loi du domicile des conjoints au moment de la modification. Si les conjoints sont alors domiciliés dans des États différents, la loi applicable est celle de leur résidence commune ou, à défaut, la loi qui gouverne leur régime. ». Si les époux ne sont pas encore domiciliés au Québec, cela serait possible si la loi française le permet.
[20] Art. 423 C.c.Q.
[21] Art. 423 C.c.Q.
[22] Le 15 mars 2019, le gouvernement du Québec a annoncé une consultation publique pour connaître l'opinion de la population en vue de moderniser le droit de la famille. Cette consultation vise à orienter la réflexion gouvernementale sur les changements à apporter pour adapter le droit aux nouvelles réalités familiales. Dans le cadre de ces consultations, le droit pour des époux de se soustraire aux règles du patrimoine familial sera abordé. Site de Justice Québec https://www.justice.gouv.qc.ca/communiques/lancement-de-la-consultation-publique-sur-la-reforme-du-droit-de-la-famille/
[23] Les régimes enregistrés d'épargne retraite et autres régimes similaires sont inclus dans le patrimoine familial, nous référons donc à des placements souscrits à l'extérieur de tels régimes.
[24] Art. 417 à 419 C.c.Q.
[25] Lamarche c. Olé-Widholm, 2002 CanLII 37315 (QC CA), Cour d'appel du Québec, Canada.
[26] Art. 422 C.c.Q.
[27] Art. 417 C.c.Q.
[28] Art. 418, al.2 C.c.Q. prévoit notamment « On déduit également de cette valeur, dans le premier cas, la plus-value acquise, pendant le mariage, par le bien, dans la même proportion que celle qui existait, au moment du mariage, entre la valeur nette et la valeur brute du bien et, dans le second cas, la plus-value acquise, depuis l'apport, dans la même proportion que celle qui existait, au moment de l'apport, entre la valeur de l'apport et la valeur brute du bien. »
[29] Art. 418, al. 3 C.c.Q.
[30] Art. 417, al. 2 C.c.Q.

RETOUR SUR LE CAS PRATIQUE

Romain désire contracter un emprunt garanti par une hypothèque sur la résidence et utiliser le produit du prêt pour acheter un immeuble à revenus avec un ami. Il se demande si ce prêt pourra réduire la valeur partageable.

Dans ce cas, le prêt ne réduirait pas la valeur nette partageable de la résidence de la famille, car il n'aurait pas été contracté pour l'acquisition, l'amélioration, l'entretien ou la conservation de la résidence[31].

Par ailleurs, même si Romain est l'unique propriétaire de la résidence, s'il désire l'hypothéquer ou la vendre, il devra obtenir le consentement de son épouse Mathilde, car il existe une protection légale à l'égard de la résidence familiale[32], laquelle protection est également un effet du mariage.

En ce qui concerne le duplex acquis avec son ami (dans la mesure où Romain et Mathilde n'occupent pas un logement de cet immeuble), la valeur de ce bien ne sera pas partageable, car il ne s'agit pas d'une résidence utilisée par la famille et ne fait pas partie des biens composant le patrimoine familial. Le bien ne sera pas partageable en vertu du régime matrimonial non plus, car les époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens.

Si Romain avait acheté une résidence d'une valeur de 300 000 $ en utilisant une donation de 150 000 $ de ses parents, représentant 50% de la valeur brute du bien au moment de l'acquisition et avait contracté un prêt pour le solde du prix d'acquisition, soit pour 150 000 $, voici les déductions auxquelles il aurait eu droit.

Au moment de la dissolution du mariage, la maison est évaluée à 400 000 $ (plus-value de 100 000 $ depuis l'acquisition) et le solde du prêt hypothécaire est de 100 000 $.

Lors du calcul de la valeur partageable du patrimoine familial, Romain aurait donc droit de réduire de la valeur partageable la valeur du don (150 000 $) et de réduire la valeur partageable de 50% de la plus-value accumulée depuis l'acquisition, soit 50 000 $.

La valeur partageable serait donc de 100 000 $. (400 000 $ - 100 000 $ (solde du prêt contracté pour l'acquisition) = 300 000 $ - 150 000 $ (valeur du don) = 150 000 $ - 50 000 $ (50% de la plus-value de 100 000 $) = 100 000 $. En conséquence, si cet immeuble était le seul bien faisant partie du patrimoine familial, Romain devrait payer la somme de 50 000 $ à Mathilde, soit 50% de la valeur partageable.

Il est recommandé, lors de l'acquisition d'un immeuble devant faire partie des biens composant le patrimoine familial, de demander au notaire d'inscrire dans l'acte notarié une mention à l'effet qu'une partie du prix d'acquisition de la résidence provient d'une donation des parents de l'un des époux, afin de conserver une preuve de la provenance des fonds lors de la dissolution du mariage ou lors d'un remploi pendant le mariage et d'obtenir une déduction dans le calcul de la valeur partageable.

Quand on part pour la grande aventure, on ne veut pas penser à un échec. Toutefois, il demeure plus judicieux d'investir dans la prévention.

Il est recommandé aux époux français voulant s'établir dans la province de Québec de s'informer au préalable de l'impact juridique sur leur régime matrimonial et autres droits matrimoniaux. De plus, les époux devront refaire le même exercice s'ils déménagent dans une autre province du Canada ou dans un autre pays.

Les conjoints de fait devront être encore plus prudents, car la protection législative est souvent absente ou déficiente dans plusieurs juridictions.

La meilleure sécurité financière pour un époux demeure d'occuper un emploi bien rémunéré et de s'assurer d'avoir des biens à son nom.

Dans tous les cas, il vaut mieux s'engager dans cette aventure canadienne les yeux ouverts et connaître les règles applicables. Les époux pourront ainsi mettre en place des protections supplémentaires et faire des choix plus éclairés.

[31] L'article 416 C.c.Q. prévoit « En cas de séparation de corps, de dissolution ou de nullité du mariage, la valeur du patrimoine familial des époux, déduction faite des dettes contractées pour l'acquisition, l'amélioration, l'entretien ou la conservation des biens qui le constituent, est divisée à parts égales, entre les époux ou entre l'époux survivant et les héritiers, selon le cas. »

[32] L'article 401 C.c.Q. prévoit. « Un époux ne peut, sans le consentement de son conjoint, aliéner, hypothéquer ni transporter hors de la résidence familiale les meubles qui servent à l'usage du ménage. (...) »

LA DONATION-PARTAGE TRANSFRONTALIÈRE

EMILIE FINOT

LAETITIA MOLINA

La donation-partage est une libéralité purement française que l'on ne présente plus. Elle réalise à la fois une libéralité entre vifs, telle une donation, et un partage anticipé de succession.

La donation-partage dispose de plusieurs avantages d'un point de vue du droit civil et offre notamment un cadre de choix au donateur afin de planifier sa succession de façon contractuelle en lui permettant ainsi de procéder à l'avance à un partage global de sa succession.

L'intérêt de recourir à une donation-partage se situe dans les conséquences liquidatives de la succession du donateur.

Tout d'abord, **les valeurs des biens donnés et attribués aux copartagés sont alors figées au jour de la donation-partage** et ne seront, sauf stipulation contraire du donateur, pas remises en cause ni réévaluées lors du partage de la succession, à l'inverse du traitement réservé aux donations simples[1].

Par ailleurs et toujours en comparaison avec ces dernières, la donation-partage n'est pas rapportable civilement dans la succession : elle ne donne pas lieu à rapport lors du partage de la succession favorisant ainsi la stabilité et la consolidation de la donation-partage au moment du règlement de la succession.

FOCUS

Par principe, toutes les libéralités consenties par le défunt doivent être prises en compte pour le règlement de sa succession au moment du partage au travers de deux mécanismes différents :

- le rapport, dont l'objet est d'assurer l'égalité entre les héritiers : il consiste à comptabiliser la donation pour déterminer les parts successorales de tous les héritiers puis de déduire la donation de la part de celui qui l'a reçue par avance.
- la réduction, dont le but est la protection de la réserve : la donation est prise en compte pour établir le calcul de la quotité disponible et de la réserve et ainsi vérifier qu'elle n'entame pas la réserve des enfants.

Pour ces deux mécanismes liquidatifs, les biens transmis par donation et/ou les biens qui en sont la représentation doivent être réévalués au jour du décès, selon l'état des biens au jour de la donation.

FOCUS

La donation-partage **fixe définitivement la valeur des biens transmis au jour de la donation** pour l'imputation et le calcul de la réserve héréditaire.
Les biens transmis sont évalués au jour de la donation-partage, sauf stipulation contraire du donateur, dès lors que sont réunies les deux conditions suivantes :

- tous les héritiers réservataires vivants ou représentés au décès du donateur ont reçu un lot lors de la donation-partage et l'ont expressément accepté,
- aucune réserve d'usufruit portant sur une somme d'argent n'a été prévue.

Cette règle spécifique à la donation-partage lui confère une très grande stabilité puisque les plus-values (ou moins-values) affectant tel ou tel lot ne profitent (ou n'incombent) définitivement qu'à son attributaire.

SI TOUS LES ENFANTS N'ONT PAS CONCOURU À LA DONATION-PARTAGE, CETTE DERNIÈRE EST TRAITÉE COMME UNE DONATION ORDINAIRE. TOUS LES BIENS DONNÉS, Y COMPRIS CEUX QUI ONT FAIT L'OBJET DE LA DONATION-PARTAGE, SONT ÉVALUÉS D'APRÈS LEUR ÉTAT À L'ÉPOQUE DE LA DONATION ET LEUR VALEUR AU JOUR DE L'OUVERTURE DE LA SUCCESSION, EN TENANT COMPTE, S'IL EN EXISTE, DES ALIÉNATIONS ET SUBROGATIONS INTERVENUES.

Une telle libéralité facilite donc sans aucun doute, la planification et l'anticipation successorale en ce qu'elle permet une répartition des biens du donateur et ce, en amont de l'ouverture de sa succession.

FOCUS

Une donation-partage ne peut pas être réalisée par plusieurs actes de donation distincts : **un seul acte authentique** doit prendre en compte la totalité des biens donnés[2].

Le partage des biens entre les donataires est indispensable puisque c'est le partage qui distingue la donation-partage d'une donation ordinaire. Il **n'y a de donation-partage que dans la mesure où l'ascendant effectue une répartition matérielle de ses biens entre les descendants.**

En conséquence, une donation-partage ne doit **aucunement créer une indivision** dont elle est censée prévenir la survenance au décès du disposant. Si la donation et le partage sont effectués par acte séparés, le disposant doit intervenir aux deux actes[3].

Surtout, la donation-partage, régie par les articles 1075 et suivant du Code civil, est l'une des deux **exceptions à la prohibition française des pactes sur successions futures** en ce qu'elle permet la transmission de futurs biens successoraux. Soumise aux conditions de forme des donations entre vifs, elle doit être constatée par acte notarié.

Cela ne fait aucun doute, il s'agit d'un outil très intéressant dans le cadre d'une organisation patrimoniale aboutissant à une extrême latitude dans l'aménagement du « pacte familial », tout en assurant l'égalité et la sécurité des héritiers faces aux plus-values.

Aucune difficulté lorsqu'il s'agit de français effectuant des donations-partages sur des biens situés en France, notre Code civil s'applique.

La problématique est tout autre lorsque **s'ajoute un élément d'extranéité**, à savoir, lorsque le patrimoine est dispersé dans différents pays.

Dans une telle configuration, si la donation-partage est certainement un véhicule juridique adapté pour organiser contractuellement sa succession sur le plan international, elle doit pouvoir produire tous les effets escomptés – répartir une masse unique et assurer l'égalité des copartagés – et ne pas être remise en cause au moment du décès par l'application et/ou la coexistence de plusieurs lois successorales.

Il convient de s'interroger sur les dispositions du droit international privé prévues pour une telle libéralité et sur les règles de conflit de lois applicables.

Contrairement à la donation simple, qui entre dans le champ d'application du Règlement Rome I relatif aux obligations contractuelles, la donation-partage est régie **par le règlement européen dit Succession** du 4 juillet 2012, entré en vigueur le 17 août 2015[4].

Le cœur du sujet réside donc dans la validité, la reconnaissance et l'efficacité d'une donation-partage dans un contexte international, eu égard à la diversité des systèmes de droit et des droits nationaux.

Recourir à une donation-partage incluant des biens situés dans différents pays nécessite **d'établir un audit juridique international préalable** afin de mesurer les impacts et l'efficience de son exportation au regard des règles de conflits de lois en présence.

[1] C. civ., art. 1078
[2] Cass. 1ère civ., 6 fév. 2007
[3] C. civ, art. 1076, al. 2
[4] Règlement n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil, qui **ne s'applique pas au Royaume-Uni, au Danemark et en Irlande.**

POUR ALLER PLUS LOIN

Devront toujours se poser les questions de l'efficacité internationale de la donation-partage :

La donation-partage établie en France sera-t-elle efficace et produira-t-elle ses effets à l'étranger ?
La donation-partage établie en France doit-elle faire l'objet d'une exécution à l'étranger ?
La donation-partage établie en France doit-elle faire l'objet d'une mesure de publicité ou de retranscription à l'étranger ?

Le droit international privé participe-t-il de l'uniformisation du régime juridique des donations-partages internationales pour converger vers une unité de loi ?

Nous mettrons en exergue que si l'exportation du véhicule juridique de la « donation-partage » est facilitée en droit international privé communautaire (I), son exportation reste cependant limitée dans certains systèmes juridiques (II).

I

L'EXPORTATION DE LA DONATION-PARTAGE FACILITÉE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ COMMUNAUTAIRE

Lorsque la donation-partage aura pour objet des biens situés dans des Etats où s'appliquent le droit international privé (DIP) communautaire issu du règlement européen Successions, l'opération est théoriquement et juridiquement possible.
Au sens du règlement Successions, la donation-partage relève de la catégorie du pacte successoral défini comme suit : « *Un accord [...] qui confère, modifie ou retire avec ou sans contrepartie des droits dans la succession future d'une ou plusieurs parties au pacte*[5]. »

Afin de savoir si la donation-partage envisagée sera recevable, valable et pourra produire effet dans les termes prévus et escomptés, il y a lieu de déterminer préalablement la loi applicable à deux catégories de question :
- Quant à sa recevabilité, sa validité et ses effets dans les pays où elle doit produire effet ;
- Quant à ses suites successorales c'est-à-dire son incidence liquidative dans la succession du donateur et notamment si celle-ci est consolidée en application des règles de réserve héréditaire issues de la loi successorale qui sera applicable à la succession.

POUR ALLER PLUS LOIN

Prenons l'exemple d'une donation-partage envisagée par un donateur de nationalité espagnole résidant en France à ses deux enfants, portant sur un immeuble en Espagne attribué à l'un et un immeuble en France attribué à l'autre.

Avant l'entrée en vigueur du Règlement en vigueur depuis le 17 août 2015, la donation-partage devait être écartée en raison de la dualité des lois successorales applicables à ladite donation-partage :
- L'immeuble en France était régi, en application des règles de DIP françaises, à la loi du lieu de situation de l'immeuble, soit la loi française ;
- L'immeuble en Espagne était régi, par application des règles de DIP espagnole et en l'absence de renvoi, à la loi nationale du donateur, soit la loi espagnole.

Théoriquement, cela impliquait qu'au décès du donateur, le donataire attributaire de l'immeuble en Espagne pouvait réclamer sa part de réserve sur l'immeuble en France sans qu'il soit tenu compte de ce qu'il a reçu en Espagne.

Désormais, depuis le 17 août 2015, cette donation-partage est réalisable car elle aboutit en France et en Espagne à appliquer une seule et unique loi, soit à défaut de choix exprès dans la donation-partage, à la loi qui aurait été applicable à la succession du donateur s'il était décédé au jour de la donation-partage, soit la loi française en tant que loi de la résidence habituelle du donateur.

SUR LE PLAN CIVIL INTERNATIONAL ET PAR APPLICATION DUDIT RÈGLEMENT, ON ABOUTIT DÉSORMAIS À UNE UNITÉ DE LOI APPLICABLE À LA DONATION-PARTAGE DANS TOUS LES ETATS OÙ S'APPLIQUE LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ COMMUNAUTAIRE ISSU DUDIT RÈGLEMENT, CE QUI FAVORISE GRANDEMENT LE RECOURS À CET OUTIL.

[5] Règlement Successions, art. 3.b
[6] Article 59.1 : « 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 ».

L'EFFICACITÉ DE LA DONATION-PARTAGE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ COMMUNAUTAIRE

Le Règlement Successions prévoit les règles de conflit de lois pour déterminer la loi applicable à la donation-partage selon les catégories juridiques, ce qui facilite et favorise l'efficacité de la donation-partage envisagée qui produira ses effets dans les Etats où le DIP communautaire s'applique, sous réserve d'anticiper les mesures d'exécution et de publicité-retranscription des biens situés à l'étranger.

Pour ce faire, nous étudierons la détermination de la loi applicable aux conditions de forme de la donation-partage, ainsi que celle applicable aux conditions de fond. Nous verrons ensuite que les mesures d'exécution sont également facilitées mais qu'il faudra bien anticiper les mesures de publicité pour retranscrire la donation-partage dans les Etats où sont situés les biens donnés.

Détermination de la loi applicable aux conditions de forme de la donation-partage : l'article 27.1 du Règlement

La première catégorie juridique est régie par l'article 27.1 du Règlement qui permet de déterminer la loi applicable aux conditions de forme du **pacte successoral**, soit à une « donation-partage » qui relève de cette catégorie.
Il résulte de l'article 27.1 a) du Règlement que la donation-partage sera valable quant à la forme si celle-ci est « conforme à la loi de l'État dans lequel le pacte successoral a été conclu ».

Ainsi, la donation-partage doit répondre aux conditions formelles de la loi où l'acte va être rédigé.
S'agissant d'une donation-partage régularisée par un notaire en France, la loi matérielle française sera applicable et imposera la forme authentique.

Par suite, l'acte de donation-partage reçu par acte authentique par un notaire français sera valable en la forme dans tous les Etats où s'applique le Règlement.

En outre, la donation-partage reçue par un notaire français bénéficie dans tous les Etats où s'appliquent le droit international privé, **de l'acceptation** prévue par l'article 59.1 du Règlement[6]. L'acceptation d'un acte authentique vise, au sens de la circulation internationale, **la force probante** de l'acte authentique dans ses effets procéduraux.

Détermination de la loi applicable aux conditions de fond et aux effets de la donation-partage : article 25.1 du Règlement

L'article 25.1 du Règlement dispose qu'à défaut de désignation expresse dans la donation-partage par le donateur en faveur de l'application de sa loi nationale, la donation-partage quant à sa recevabilité, sa validité au fond et ses effets contraignants sera régie par *« la loi qui **aurait été applicable à la succession** de cette personne si elle était décédée au jour où le pacte a été conclu »*.

Par suite, la recevabilité et la validité de la donation-partage seront donc appréciées au regard de la loi matérielle applicable.

La recevabilité correspond à la possibilité même de pouvoir établir la donation-partage.

- **Les conditions de fond de la donation-partage** ont trait au consentement par le donateur et l'acceptation par les donataires.
- **Les effets** contraignants concernent les charges et conditions de la donation-partage telles que le droit de retour, l'exclusion de communauté et démembrement avec la réserve d'usufruit au profit du donateur.

FOCUS

QUAND APPLIQUERA-T-ON LA LOI FRANÇAISE ?

S'agissant d'une donation-partage régularisée par un notaire en France, la loi matérielle française sera applicable à la donation-partage uniquement lorsque :
- le donateur, quelle que soit sa nationalité, **a sa résidence habituelle en France au jour de la signature de la donation-partage** et n'a pas prévu de désignation expresse en faveur de sa loi nationale en application de l'article 25.2 du Règlement[8],
- le donateur est de nationalité française mais réside hors de France au jour de la donation-partage et **a prévu une désignation expresse en faveur de la nationale française** en application de l'article 25.2 du Règlement[8].

Dans ces cas seulement, **la donation-partage française, valable au regard du droit français, sera reconnue dans tous les Etats partis au Règlement et y produira tous ses effets** (sous réserve de l'incidence liquidative dont il sera question ci-après).

Caractère exécutoire de la donation partage et mesure de publicité des biens situés à l'étranger

La donation-partage établie en France doit-elle faire l'objet d'une exécution ou d'une mesure de publicité ou de retranscription à l'étranger ?

Cette question se posera en pratique pour donner effet à la donation-partage « trans-

frontalière », afin de transcrire au registre foncier compétent les biens attribués et garantir le paiement d'une soulte lorsque le débiteur donataire est résident hors de France mais dans un Etat membres du Règlement Successions.

La donation-partage établie en France bénéficiera de la circulation de sa force exécutoire selon les modalités de l'article 60 du Règlement[9] prévoyant que l'acte authentique établi en France pourra être **rendu exécutoire par une formule simplifiée de l'*exequatur*** et accompagné d'un formulaire attestant son caractère exécutoire.

Toutefois, la donation-partage incluant des biens situés à l'étranger **devra être publiée au registre foncier étranger**, de sorte qu'il y aura lieu de s'assurer préalablement auprès du confrère étranger des éléments que devra contenir l'acte tels que désignation, valeurs, mentions cadastrales, pouvoirs pour publier l'acte, origine etc...

POUR ALLER PLUS LOIN

Si les mesures de publicité ne peuvent, pour des raisons techniques et pratiques, être anticipées et prises en compte dans la donation-partage à établir en France, il y aura lieu d'effectuer préalablement la donation portant sur le bien situé à l'étranger auprès du notaire étranger compétent aux fins de publication et procéder ensuite à sa réincorporation aux termes de la donation-partage établie en France. Toutefois, il faudra en mesurer l'impact fiscal car cette réincorporation rendra exigible un droit de partage de 2,5% sur un bien déjà donné.

[7] Article 25.3 : « 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 ».
[8] Article 25.3 : « 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 ».
[9] Article 60.1 et 2. du Règlement : « 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. 2. Aux fins de l'article 46, paragraphe 3, point b), l'autorité ayant établi l'acte authentique délivre, à la demande de toute partie intéressée, une attestation sous la forme du formulaire établi conformément à la procédure consultative visée à l'article 81, paragraphe 2 ».
[10] 111ème Congrès des Notaires Strasbourg 2015, § 3530

L'EFFICACITÉ ATTÉNUÉE DE LA DONATION-PARTAGE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ COMMUNAUTAIRE

La donation-partage « transfrontalière » se heurte à la dissociation du moment où elle produit ses effets (conditions et effets étudiés ci-dessus) et le moment où elle produit ses suites successorales.
Pour mesurer et maîtriser cet effet atténué, nous étudierons la loi applicable aux suites successorales d'une donation-partage et la vigilance nécessaire et particulière que le notaire doit avoir quant à la coordination du choix de loi applicable à la donation-partage et à la loi successorale.

Détermination de la loi applicable aux suites successorales de la donation-partage (article 28 et 25 §1 du règlement)

Autrement dit, à quelle loi seront soumises les incidences liquidatives de la donation-partage dans la succession du donateur ?

Les incidences liquidatives étant :
- Absence de rapport de la donation-partage ;
- Fixation des valeurs au jour de la donation-partage pour le calcul de la quotité disponible et de la réserve et confirmer qu'elle est consolidée, en application des règles sur la réserve héréditaire issues de la loi successorale applicable à la succession.

En application du règlement Successions, la loi applicable aux suites successorales de la donation-partage, en tant pacte successoral, relève de l'article 28 quant à la forme et de l'article 25.1 sur les *effets contraignants*.

A défaut de désignation expresse dans la donation-partage par le donateur en faveur de sa loi nationale, **la loi applicable sera celle de la résidence habituelle du donateur au jour où la donation-partage a été conclue.**
Rappelons que ces règles s'appliquent à **défaut de choix de loi applicable**, lequel est permis par le Règlement européen.

Ces règles de conflit de lois prévues dans un cadre européen favorisent l'exportation de la donation-partage en ce qu'elles assurent une application homogène du droit applicable, mais il paraît prudent de le limiter aux relations entre Etats membres du Règlement Successions[10].

POUR ALLER PLUS LOIN

Depuis le 1er septembre 2018, la Belgique reconnaît le pacte sur succession future dès lors qu'il a été régulièrement consenti au regard de la loi qui régit le pacte.

Par suite, la Belgique devrait reconnaître la donation-partage établie en France portant sur des biens français et belges tant dans ses conditions et effets liquidatifs, sauf contrariété à l'ordre public international belge.

En principe, la donation-partage française devrait être ainsi consolidée au jour du décès quand bien même la loi successorale applicable serait la loi belge. Il faudra tout de même se faire confirmer que les dispositions de la donation-partage relatives à l'absence de rapport et de réévaluation au jour du décès pour le calcul de la quotité disponible et de la réserve ne contreviennent pas à l'ordre public international belge.

La vigilance nécessaire quant à la coordination du choix de loi applicable à la donation-partage et à la loi successorale qui sera applicable

Afin de ne pas déjouer les prévisions du donateur sur la stabilité de l'acte de donation-partage au moment du règlement de sa succession, le schéma peut être accompagné d'un choix de loi applicable à la donation-partage ainsi que pour la loi successorale.

Le choix de loi applicable à la donation-partage

Le donateur peut, conformément à l'article 25.3 du Règlement Successions, soumettre la donation-partage à **la loi de l'Etat dont il possède la nationalité au moment où il conclut la donation-partage ou au moment de son décès.**

Un tel choix doit être formulé de manière **expresse**, de préférence dans l'acte de la donation-partage.

L'intérêt pour les notaires français de conseiller un choix de loi applicable en faveur de la loi nationale de la donation-partage vise surtout les français expatriés qui détiennent un patrimoine situé dans les pays membres du Règlement Successions.

Toutefois, il importe de préciser que ce choix de loi, appelé également *electio juris,* ne vaut que pour la donation-partage en tant que pacte successoral et non pas pour l'entière succession, donc n'emporte pas choix de loi applicable à la succession.

Dès lors, il convient d'être vigilant quant à la réalisation du choix de loi et de ses conséquences : la loi applicable à la succession peut alors être différente et donc rendre plus complexe le partage.

Le choix de loi applicable à la succession

Le choix de loi applicable à la succession est rendu possible par l'article 22 du Règlement Successions, lequel prévoyant que la loi choisie peut être la loi nationale du disposant au moment où elle conclut le pacte ou bien au moment de son décès.
La loi applicable à la succession concerne alors l'entièreté du patrimoine du défunt, y compris les libéralités effectuées telles que la donation-partage en tant que pacte successoral.
En effet, il peut y avoir une dissociation entre la loi applicable à la validité au fond et aux effets d'une donation partage fixée au jour de l'établissement de l'acte de donation-partage et la loi successorale, déterminée au décès.

DES DIFFICULTÉS CERTAINES PEUVENT NAÎTRE S'IL N'EXISTE PAS D'ADÉQUATION ENTRE LA LOI APPLICABLE À LA DONATION-PARTAGE EN TANT QUE PACTE SUCCESSORAL ET CELLE APPLICABLE À LA SUCCESSION.

En effet, le jour de la liquidation de la succession, un conflit de lois applicables peut survenir et remettre en question l'efficacité même de la donation-partage, s'il s'avère que la loi applicable à la succession ne reconnaît pas la loi applicable à la donation-partage en tant que pacte successoral.

CONSEIL

Il importe donc, afin de parer à toutes difficultés, lesquelles pouvant prendre des proportions importantes en termes de liquidation d'une succession, de veiller en tant que notaire saisi d'une donation-partage « transfrontalière », à l'identité des deux lois applicables en effectuant :
- un *electio juris* pour la donation-partage dans l'acte de donation-partage sur le fondement de l'article 25.3 du Règlement ;
- et une *professio juris* pour la succession sur le fondement de l'article 22 et d'élire la même loi.

Pour ce faire, idéalement, il convient d'effectuer ces choix dans deux actes séparés auprès d'un notaire (acte de donation-partage pour la donation-partage et testament pour la succession) ou d'une autre autorité compétente.

Lorsque les deux lois choisies sont identiques, la reconnaissance et l'efficacité de la donation-partage internationale sont grandement facilitées.

Le Règlement Successions œuvre donc en faveur de l'exportation de la donation-partage entre Etats membres, la seule limite étant l'obligation de toujours veiller au respect de l'ordre public international.

Néanmoins, il s'agit d'une facilitation concernant les règles de conflits de loi et non de l'application effective du pacte successoral. Cette dernière peut s'avérer plus difficile d'un point de vue du droit substantiel en ce que **les systèmes juridiques et les droits nationaux ne connaissent pas nécessairement l'acte de donation-partage.**

II

UNE EXPORTATION LIMITÉE PAR CERTAINES LÉGISLATIONS

La problématique de l'application réelle de la donation-partage dans les Etats tiers se pose nécessairement dès lors qu'elle porte sur un patrimoine mondial.

En effet, la libéralité peut se heurter au droit national : même si le droit international privé est un outil d'uniformisation, l'exportation effective n'est pas toujours aisée, voire parfois **impossible**.

L'EXEMPLE EUROPÉEN : L'ITALIE

Il s'avère que le droit substantiel italien **prohibe tous les pactes sur successions futures**, y compris la donation-partage.

Dès lors, il ne reconnaît pas du tout cette libéralité et la sanctionne par une nullité.

Ainsi, même s'il est membre du Règlement Successions, si la loi italienne est applicable à la donation-partage et/ou à la succession, la libéralité ne pourra pas produire ses effets.

De l'importance du droit substantiel

Il faut donc être extrêmement vigilants au droit substantiel applicable à la donation-partage afin de ne pas être soumis à un droit qui *in fine*, méconnait le mécanisme, surtout eu égard aux conséquences que peuvent entraîner la donation et le partage effectué préalablement à l'ouverture de la succession.

La question de l'avenir du pacte conclu est problématique et doit être évitée autant que faire se peut, la remise en cause des libéralités déjà réalisée pouvant être extrêmement coûteuses et sources de querelles familiales.

Dès lors, il est conseillé de ne pas donner un bien situé en Italie ni de choisir la loi italienne pour le pacte et la succession lorsque l'on désire faire une donation-partage.

POUR ALLER PLUS LOIN

Lorsqu'une donation-partage est envisagée par un donateur de nationalité française résidant en France à ses deux enfants portant sur un immeuble en Italie attribué à l'un et un immeuble en France attribué à l'autre, et quand bien même l'on aboutit à une unité de loi applicable à la donation-partage en application du Règlement Successions vers la loi française, la solution de la donation-partage a priori doit être écartée car la pratique notariale refuse de publier l'acte de donation-partage établi en France sous prétexte que cette institution n'est pas connue du droit italien et contraire à la prohibition des pactes sur succession future[11].

Préconisation : établir en Italie une donation simple à l'enfant attributaire puis la réincorporer dans une donation-partage établie en France.

Si le donateur est italien et qu'il souhaite transmettre son unique immeuble en France à ses deux enfants, il conviendra d'établir en France une donation simple de quote-part indivise et d'écarter le recours à une donation-partage qui sera privée d'effet liquidatif au moment du règlement de la succession.

[11] article 458 du Code civil italien
[12] Un ensemble de règles ou de principes juridiques qui forment un appendice aux règles générales du droit anglais énoncé dans la Common Law
[13] Droit et Patrimoine, Droit international privé, « Le traitement de la donation de la nue-propriété d'un immeuble français par une personne « domiciled » au Royaume-Uni », n° 193, Juin 2010, p. 30
[14] CGI, art. 1133

LE DROIT DE LA COMMON LAW : LE CAS D'UNE DONATION-PARTAGE PORTANT SUR UN IMMEUBLE SITUÉ AU ROYAUME-UNI

Le droit de la *Common Law* est encore plus complexe en ce qu'il s'agit d'un système juridique totalement différent du droit latin.

Lorsque le partage anticipé du patrimoine mondial du donateur de nationalité française comprend également, outre un immeuble en France, un immeuble situé au Royaume-Uni, le recours à une donation-partage établie en France risque de ne pas produire les effets prévus au Royaume-Uni tant civilement que fiscalement.

Civilement

En application des règles de droit international privé communautaire, la loi applicable à la donation-partage prévoyant un choix de loi au profit de la nationalité française du donateur, sera la loi française.

Au regard du droit international privé britannique, c'est le principe scissionniste qui préside :
- la loi du domicile pour le bien mobilier ;
- la loi de situation de l'immeuble pour le bien immobilier.

En toute logique, la loi applicable à la donation-partage portant sur un immeuble situé au Royaume-Uni est la loi du lieu de situation, soit la loi britannique.
L'unification de la loi successorale est donc impossible car irréalisable d'un point de vue juridique.

Par conséquent, la dualité des lois successorales aboutit à un conflit de lois et à une dualité de systèmes qui va rendre la donation-partage établie en France portant sur un bien situé à Royaume-Uni **dénuée d'effet au Royaume-Uni** puisque deux lois matérielles française et britannique coexisteront.

Trois difficultés surviendront au moment de l'exportation de la donation-partage au Royaume-Uni :

- Quant aux conditions de forme de l'acte de donation-partage établie en France : en principe, le transfert d'un immeuble ne peut être effectué au Royaume-Uni que par acte solennel rédigé par un solicitor portant sa signature et celle du donateur. Une question subsiste : l'acte authentique notarié français sera-t-il accueilli favorablement selon la théorie de l'équivalence ?

- Quant aux mesures de publicité en vue de transcrire et publier l'acte au nom du donataire attributaire sur le Land Registry ;

- La loi britannique **ne connaît pas l'acte de donation-partage en tant qu'outil d'anticipation du partage de la succession du donateur**, ainsi que ses mécanismes juridiques, tels que la réversion d'usufruit au profit du conjoint survivant et le démembrement de propriété. Notamment en ce qu'il réalise un transfert de la nue-propriété au donataire et une reconstitution de la pleine propriété sur la tête du nu-propriétaire lors du décès de l'usufruitier et ce, sans nouveau transfert.

FOCUS

LA DIFFÉRENCE ENTRE UN USUFRUIT ET UN *LIFE INTEREST*

En droit français, l'usufruit est un **droit réel** distinct de la nue-propriété. Le droit de la *Common Law* ne connait pas le mécanisme de l'usufruit en ce qu'il ne connaît pas le démembrement de propriété. La notion d'usufruit n'existe plus en droit anglais au niveau de la *Common Law* depuis le *Law of Property Act 1925*, mais uniquement en *Equity*[12]. Ainsi en droit anglais, la propriété légale est entière, et seule l'*Equity* peut permettre d'effectuer un démembrement de propriété.

Dès lors, ce qui s'en rapproche plus est le *life interest*, qui n'existe que lorsqu'il est partie intégrante d'un *trust* qui porte sur la pleine-propriété[13] du bien dont il est question. La propriété n'est alors pas démembrée, ce qui empêche la donation-partage de nue-propriété sur un bien immeuble situé au Royaume-Uni.

En effet, le transfert de la nue-propriété au donataire et la reconstitution de la pleine propriété sur la tête du nu-propriétaire lors du décès de l'usufruitier, et ce, sans nouveau transfert, **ne seront pas envisageables** dans un tel cas de figure.

Même d'un point de vue civil, il est impossible de rapprocher les deux notions en ce que les régimes qui en découlent **sont diamétralement opposés**.

Dès lors, réaliser un tel acte est soumis à un aléa important : l'interprétation différente de juristes et des juridictions nationales pouvant impliquer des régimes et des effets non désirés et non évalués.

Si les différences civiles sont évidentes et incitent fortement à ne pas recourir à une donation-partage sur un bien immeuble situé au Royaume-Uni, **les conséquences fiscales d'un tel acte peuvent s'avérer extrêmement lourdes et dissuasives, surtout en cas de donation-partage portant sur un bien immobilier avec réserve d'usufruit au profit du donateur.**

Le frein fiscal en cas de donation-partage avec réserve d'usufruit

La donation-partage avec réserve d'usufruit au profit du donateur est la voie de transmission patrimoniale privilégiée en France.

[15] CGI, art. 669
[16] Droit et Patrimoine, ibid.

Elle permet au donateur de réaliser la transmission de la nue-propriété et de conserver l'usage et la jouissance sa vie durant, donc d'y vivre et d'en percevoir les éventuels revenus. Autrement dit, il restera usufruitier du bien donné jusqu'à son décès.
La particularité française est que l'usufruit est un droit viager qui s'éteint au décès de l'usufruitier.
Ainsi, à son décès, l'usufruit et la nue-propriété se réunissent et le nu-propriétaire donataire devient plein-propriétaire sans nouveau transfert donc sans **aucune taxation supplémentaire**[14].
La seule taxation aux droits de mutation à titre gratuit s'effectuera au moment de la donation-partage selon la valeur fiscale de la nue-propriété, laquelle se calcule suivant un barème fiscal établi selon l'âge de l'usufruitier[15].

Ainsi, il est conseillé de donner en démembrement de propriété afin de n'être taxé qu'une fois, sur une valeur moins importante que la pleine propriété.

Or, ce mécanisme étant totalement inconnu du droit de la *Common Law*, il peut entraîner des conséquences fiscales très lourdes au Royaume-Uni au moment du règlement de la succession du donateur qui s'est réservé l'usufruit.

En effet, l'administration fiscale au Royaume-Uni va interpréter l'acte de donation-partage à la lumière de sa propre législation et taxer les nus-propriétaires au décès du donateur sur la valeur de la pleine propriété, bien qu'il n'y ait pas de mutation au sens français du terme[16].

Cette taxation est extrêmement préjudiciable pour le donataire qui voit son assiette possiblement doubler, d'autant plus que la mutation est également taxable en France sur la valeur de la nue-propriété au moment de la donation et qu'il n'y aura aucun crédit d'impôt pour les droits de donation déjà payés car la donation-partage en France n'est pas une mutation par décès.

Il est alors préférable d'éviter toute donation-partage lorsque le droit national ne connait pas cette libéralité, que l'Etat soit ou non membre du Règlement Successions au vu des difficultés engendrées lors de l'ouverture de la succession du donateur.

La donation-partage est un outil extrêmement intéressant, permettant d'anticiper sur sa succession et de favoriser la transmission de son vivant. C'est un réel outil patrimonial et successoral qui tend à se développer et se banaliser.

A cet égard, le droit international privé tente d'uniformiser et de permettre une exportation de la donation-partage dans un contexte international, mais certains écueils demeurent insurmontables.

POUR ALLER PLUS LOIN

QUELLES CONSÉQUENCES FISCALES POUR LA RÉSERVE D'USUFRUIT AU PROFIT DU DONATEUR EN *COMMON LAW* ?

Deux interprétations du mécanisme sont possibles :
- il s'agit d'un *gift with reservation of benefit* qui correspond à une donation avec réservation d'usufruit assimilée à une donation de la pleine propriété avec réservation d'un droit sur le bien donné (ce qui équivaut en droit français à une charge). Attention, il ne s'agit en rien d'une réserve d'usufruit en tant que droit réel au sens du droit français.
- il s'agit d'un *trust* constitué par la personne donatrice sa vie durant lui permettant de se réserver un droit sur le bien donné.

Il en résulte que la donation-partage avec réserve d'usufruit est susceptible d'entraîner trois chefs de taxation :
- Une *Inheritance Tax (droit de succession)* sur le bien donné en pleine propriété.
- Une *exit charge* au titre de la disparition de l'usufruit contenu dans le *trust*.
- Une *capital gain tax* au titre de la plus-value intervenue entre la date du décès du donateur et l'enregistrement de la pleine propriété au nom du nu-propriétaire donataire.

L'IMPORTANCE DE LA MAÎTRISE DE LA FISCALITÉ

Une donation-partage incluant des biens situés dans différents pays suppose également une parfaite maîtrise des incidences fiscales qu'elle peut entraîner dans les différents pays.
En effet, sous réserve des conventions fiscales internationales, encore rares en matière de donations, lorsque la donation-partage comprend des biens en France et à l'étranger, si le donateur est domicilié en France, la donation-partage sera soumise aux droits de mutation à titre gratuit en France sur l'ensemble du patrimoine mondial donné.
A l'étranger, des droits de mutation à titre gratuit sont susceptibles d'être dus sur les biens qui y sont situés. Ce qui aboutirait donc à une double taxation en France et à l'étranger avec la possibilité d'imputation en France prévue par l'article 784 A du CGI ; mais si l'impôt à l'étranger est supérieur à celui payé en France, il n'y aura restitution en France que du montant égal à l'impôt français.
Si le donateur est domicilié à l'étranger, seuls les biens situés en France seront soumis aux droits de mutation à titre gratuit en France.

FISCALITÉ D'UNE TRANSMISSION INTERNATIONALE : COMPLEXITÉS, SUBTILITÉS ET CONTRARIÉTÉS

ANGÉLIQUE DEVAUX

LAETITIA MOLINA

Les transmissions de patrimoine ont été facilitées en Europe avec l'introduction en 2015 du Règlement européen sur les successions[1] permettant de rompre avec les conflits de lois successorales dans les Etats parties au texte européen.

Si l'aspect civil de la transmission du patrimoine international est partiellement harmonisé, il en va différemment de son aspect fiscal. En effet, il n'existe aucune harmonisation des règles fiscales en matière de transmission du patrimoine en Europe et dans le monde puisque le droit de prélever l'impôt relève du pouvoir souverain des Etats. Dès lors, les règles fiscales mises en œuvre dans un contexte international sont parfois complexes puisqu'elles s'entremêlent, se chevauchent, voire s'opposent.

Le présent article a pour objet de rappeler les règles françaises de territorialité de l'impôt des transmissions dans un contexte international et leurs interactions avec les autres Etats, ainsi que les méthodes d'élimination des doubles impositions.

L'analyse du rappel de ces règles fiscales est primordiale avant toute réflexion et mise en œuvre d'une planification successorale dans un contexte international.

I

LES RÈGLES FRANÇAISES DE TERRITORIALITÉ DE L'IMPÔT

En droit français, les règles de territorialité en matière de transmission par succession et/ou donation sont régies par l'article 750 ter du Code Général des Impôts (CGI). Les critères retenus sont celui de la résidence fiscale du défunt et/ou donateur et des bénéficiaires (héritiers et/ou légataires et/ou donataires), ainsi que celui de la situation des biens. Bien que soulevé dans des programmes électoraux voire proposé au vote législatif, la France n'impose pas le critère de la nationalité.

Le critère de la résidence fiscale est un élément déterminant. L'article 750 ter se combine ainsi avec l'article 4 B du CGI, les deux étant indissociables dans la mise en œuvre de la fiscalité des transmissions internationales.

LA DÉTERMINATION DE LA RÉSIDENCE FISCALE

Sous réserve des conventions fiscales, il convient de déterminer avec précision si les personnes concernées (défunt/ donateur ou

[1] Règlement UE n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen (JOUE L 201 du 27 juillet 2012)

héritier/ légataire/ donataire) ont leur domicile fiscal en France.

En droit français, la notion de domicile fiscal est large puisque les critères retenus sont alternatifs, en ce sens que le contribuable est considéré comme ayant son domicile fiscal en France dès lors qu'il remplit au moins un des critères suivants :
- Avoir son foyer ou le lieu de son séjour principal,
- Exercer une activité professionnelle, salariée ou non, à moins qu'il n'établisse que cette activité est exercée en France à titre accessoire,
- Avoir en France le centre de ses intérêts économiques,

Le foyer ou le séjour principal

Le foyer

Le foyer est le lieu où le contribuable **habite normalement et a le centre de ses intérêts familiaux,** même s'il est souvent en déplacement dans le cadre de son activité professionnelle. Il s'agit là d'une appréciation *in concreto*.
Par exemple, sera considéré comme avoir son foyer fiscal en France le contribuable exerçant une activité salariée de pilote d'avion mais disposant d'une habitation principale en France où vivent son épouse et son fils mineur et où il séjourne chaque fois qu'il n'est pas en fonction[2].

Le séjour principal

Le séjour principal intervient seulement lorsqu'il est impossible de fixer le foyer d'une personne en France ou à l'étranger[3]. Ce critère est rempli des lors que le contribuable est **personnellement présent à titre principal en France**, quelles que soient les conditions de séjour de sa famille.

Par principe, lorsqu'on séjourne **plus de six mois par an en France**, on est considéré y avoir son séjour principal.
Toutefois, la jurisprudence n'en fait pas un principe absolu : il en va autrement si les circonstances de fait donnent à penser que le contribuable avait en France le lieu de son séjour principal et qu'il a résidé en France pendant une durée nettement supérieure à celle des séjours effectués dans différents pays.

L'activité professionnelle

L'activité doit être exercée à titre principal pour que le contribuable soit fiscalement domicilié en France.
- Pour un salarié, il s'agira du lieu où il exerce effectivement son activité professionnelle ;
- Pour un mandataire social, il s'agira du lieu du siège social ou du siège de direction effectif de la société ;
- Enfin pour un professionnel indépendant, le domicile sera considéré en France si le contribuable y a un point d'attache fixe et s'il y exerce son activité principale.

En cas de pluralité des professions, il sera regardé le lieu où l'activité est exercée. A titre d'exemple, une personne représentant une société étrangère et ne séjournant en France que 65 à 70 jours n'est pas considérée comme exerçant une activité professionnelle en France[4].

La notion d'intérêts économiques

Selon l'administration fiscale française, la notion d'intérêt économique recouvre différentes situations.

Il s'agit du lieu où les contribuables :
- « ont effectué leurs principaux investissements,
- où ils possèdent le siège de leurs affaires,
- d'où ils administrent leurs biens.
- Ce peut être également le lieu où les contribuables ont le centre de leurs activités professionnelles ou d'où ils tirent, directement ou indirectement, la majeure partie de leurs revenus.
- Pour les titulaires de mandats sociaux au sein de plusieurs sociétés dont les sièges sociaux ou de direction effective respectifs sont situés dans différents pays, le centre des intérêts économiques est recherché, selon les circonstances propres à chaque espèce, en tenant compte des liens entre les mandats sociaux exercés.[5]"

La notion de domicile fiscal est une notion essentielle puisqu'elle est rattachée à l'impôt sur les droits de mutation à titre gratuit.

FOCUS

L'INTERPRÉTATION DE LA NOTION PAR LA JURISPRUDENCE

Le Conseil d'Etat est venu affirmer que **les revenus ne doivent pas nécessairement rémunérer l'exercice d'une activité économique en France** pour remplir ce critère. Ainsi, si les revenus sont exclusivement de source française et qu'il s'agit d'une pension de retraite, cela suffit pour remplir le critère[6].

Toutefois, un français ayant tiré la plus grande partie de ses revenus d'exploitation de fonds de commerce situés au Vietnam ne peut être reconnu comme ayant en France le centre de ses intérêts économiques, quelle que soit l'importance des investissements effectués en France[7].

[2] CE 27 juillet 2009, n° 301266
[3] CE 27 juin 2018, n° 408609
[4] CE 22 octobre 1962, n° 36505
[5] https://bofip.impots.gouv.fr/bofip/1911-PGP
[6] CE 17 juin 2015, n° 371412
[7] CE 27 janvier 1971, n° 74995
[8] Cf. infra

L'ARTICLE 750 TER DU CODE GÉNÉRAL DES IMPÔTS

Sous réserve des conventions internationales, les droits de mutation à titre gratuit (DMTG) seront dus en France dans les trois situations suivantes :

Le défunt ou donateur a son domicile fiscal en France

Si le défunt ou le donateur avait ou a son domicile fiscal en France au sens de l'article 4B du CGI, c'est-à-dire celui retenu en matière d'impôt sur le revenu[8], l'ensemble du patrimoine mobilier et immobilier transmis, qu'il soit situé en France et/ou hors de France, est taxable en France.

Le défunt ou donateur a son domicile fiscal hors de France et les biens transmis sont situés en France

L'héritier, légataire ou donataire a son domicile fiscal en France

Lorsqu'un héritier, légataire ou donataire est domicilié fiscalement en France, les DMTG seront également dus en raison de la transmission des biens meubles et immeubles situés en France ou hors de France.

Dans cette hypothèse, toutefois, la taxation ne joue que si celui qui reçoit a eu **son domicile fiscal en France pendant au moins six ans au cours des dix dernières années** précédant celle au cours de laquelle la transmission est effectuée ; précision faite que la période peut ne pas être continue.

Un exemple pour y voir plus clair

Un défunt était résident fiscal à Hong Kong. Il laisse deux héritiers : l'un résidant en France depuis 7 ans et l'autre à Singapour depuis 7 ans. La succession se compose, entre autres, de biens immobiliers situés en France et de biens immobiliers situés à Hong Kong.

En l'absence de convention fiscale venant éliminer les doubles impositions en matière de succession entre la France et Hong Kong, l'héritier résidant en France sera imposé sur l'intégralité du patrimoine mondial, tandis que l'héritier résidant à Hong Kong sera imposé uniquement sur les biens situés en France.

Il apparait que l'article 750 ter 3 du CGI imposant les bénéficiaires aux DMTG en France peut, dans certaines situations, créer un déséquilibre financier entre les héritiers devant être pris en compte lors d'une planification successorale à l'échelle internationale.

Notion de biens situés en France

Les contours de la notion

Les biens situés en France s'entendent de ceux qui ont une **assiette matérielle en France métropolitaine** et dans les Départements d'Outre-Mer.

Il peut s'agir des immeubles détenus directement ou indirectement par le défunt ou le donateur. Pour ce qui est de la détention indirecte, celle-ci entre dans le champ des DMTG lorsque le défunt ou le donateur détient plus de 50% des parts ou actions interposées.

La notion de biens situés en France recouvre également les meubles corporels, fonds de commerce situés en France, les biens incorporels situés en France tels une créance sur un débiteur domicilié en France, des actions ou parts de sociétés étrangères non cotées en bourse et à prépondérance immobilière en France.

La société étrangère est considérée comme étant « à prépondérance immobilière » lorsque la valeur des immeubles et droits immobiliers situés en France représente plus de 50% de la valeur de l'actif social situé en France.

A titre d'exemple

Une société étrangère détient en France un immeuble de 1.000.000 d'euros et un immeuble de 600.000 euros en Allemagne ; elle est à prépondérance immobilière et l'assiette des DMTG sera de 1.000.000 euros / 1.600.000 euros, soit 62,5%.

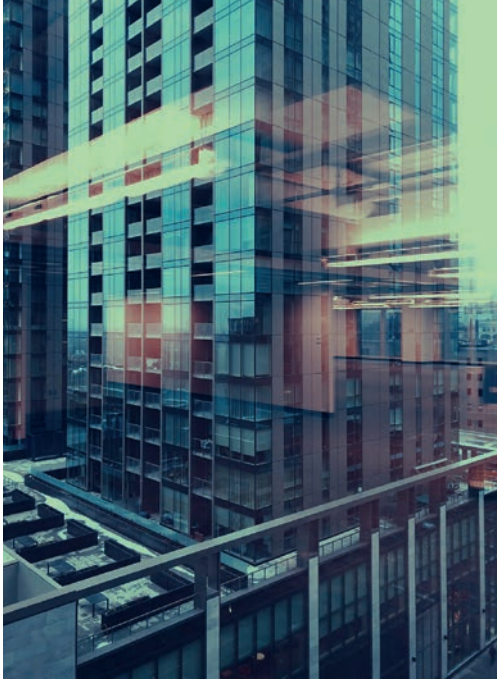
Enfin, les biens situés en France s'entendent également des biens ou droits composant un *trust* ainsi qu'aux produits qui y sont capitalisés.

Conflit de qualification de biens

La qualification des biens relève du droit civil français des biens et peut donner, dans un contexte international, des conflits de qualification sur le plan fiscal.

Par exemple, les parts de sociétés civiles immobilières sont considérées en droit civil comme des biens meubles et seront taxées aux DMTG comme des biens immeubles. A l'inverse, les parts de *Time Share* sont qualifiées de biens meubles en France, alors qu'elles sont qualifiées en droit espagnol, belge, ou israélien de droits immobiliers.

Eu égard à l'étendue plus ou moins large du champ territorial des DMTG et des difficultés de qualification des biens, une double imposition entre les pays peut en résulter à la suite d'une transmission d'un même bien entre les mêmes personnes.



Le cas particulier des donations passées à l'étranger et le rapport fiscal des donations en succession

Dès lors que le droit fiscal français des successions est mis en œuvre, il est fait **rappel des donations antérieures de moins de 15 ans** aux fins de calcul des droits de succession. Le rappel fiscal des donations antérieures réalisées par le défunt porte sur toutes les donations, qu'elles soient manuelles ou non, réalisées en France ou à l'étranger.
Les transmissions patrimoniales dans un contexte international peuvent rapidement devenir complexes et onéreuses, tant pour les particuliers que les professionnels. Surtout, chaque Etat a son propre droit fiscal, ce qui implique parfois des doubles impositions pour une même libéralité ou succession. Un tel risque constitue alors nécessairement un frein.

Toutefois, dans un but d'harmonisation et d'incitation à la transmission internationale, la double imposition n'est pas une fatalité et peut être évitée. Certains droits internes et le droit conventionnel offrent une réponse à cette problématique, allégeant ainsi le poids de la fiscalité.

FOCUS

DONATION RÉALISÉE À L'ÉTRANGER ET CHANGEMENT DE RÉSIDENCE HABITUELLE DU DONATEUR

Dans un contexte international, la difficulté majeure porte sur le cas de la donation réalisée à l'étranger alors que ni le donateur ni le donataire n'est résident fiscal français mais qu'au jour du décès, le donateur résidait en France. L'installation en France peut avoir potentiellement pour conséquence d'imposer aux DMTG français la donation réalisée à l'étranger. Ainsi, lors d'une installation en France, il est vivement recommandé de révéler spontanément à l'administration française les dons manuels effectués à l'étranger au moment de leur réalisation afin que ces derniers puissent avoir date certaine.

II

L'ÉLIMINATION DES DOUBLES IMPOSITIONS

L'élimination des DMTG peut se réaliser à deux niveaux : en droit interne et en droit conventionnel.

DROIT INTERNE

En l'absence de convention fiscale, le droit français **prévoit son propre mécanisme d'élimination des doubles impositions**. Le dispositif du crédit d'impôt est prévu à l'article 784 A du CGI.

L'imputation n'est effectuée que dans le cadre d'une taxation à caractère mondial, sur *« les biens meubles et immeubles situés hors de France »* lorsque le défunt/donateur est domicilié en France[9] et lorsque l'héritier/légataire/ donataire est domicilié en France et l'a été six ans au cours des dix années précédant le fait générateur[10].

On en convient, **l'élimination des doubles impositions a le mérite d'exister !** Toutefois, elle ne supprime pas toutes les hypothèses de double imposition puisqu'elle ne concerne que les biens non situés en France selon la loi française. Ainsi, l'impôt étranger payé à raison de biens situés en France n'est pas imputable sur l'impôt en France. Par conséquent, une partie de la succession risque d'être taxée deux fois lorsque le droit fiscal étranger est compétent pour taxer l'intégralité de la succession dont les biens situés en France.

Par ailleurs, l'imputation de l'impôt étranger est limitée au montant de l'impôt français sur ce même bien. Ainsi, si l'impôt étranger est supérieur à l'impôt en France, la totalité de l'impôt étranger ne sera pas déduit ; la déduction s'effectuant uniquement à hauteur de l'impôt français. L'excédent d'impôt étranger n'est alors pas « restituable » par le fisc français.

Enfin, seuls les droits de mutation à titre gratuit acquittés lors du décès ou de la donation sont déduits en ce que le crédit d'impôt ne prend pas en compte les pénalités, amendes, intérêts de retard, droit de timbre et de publicité foncière.

Si le droit interne français empêche dans certains cas la double imposition, le droit conventionnel est également un outil non-négligeable. En effet, les Etats conviennent ensemble de la fiscalité applicable à toute transmission internationale dans le but précis d'éviter une double imposition.

LE CAS DES SUCCESSIONS FRANCO-SUISSES

L'utilisation du crédit d'impôt prévu à l'article 784 A peut notamment se retrouver dans le cadre des successions franco-suisses. En effet, la convention entre la République française et la Confédération suisse, évitant les doubles impositions en matière d'impôts sur les successions, a été dénoncée par l'Etat français par une note diplomatique du 17 juin 2014. Elle a cessé de produire ses effets pour tous les décès intervenus à compter du 1er janvier 2015.

Dans l'hypothèse où un défunt résident fiscal en France laisse un fils héritier et possède un bien immobilier en France et un bien immobilier dans le canton de Neufchâtel en Suisse, les droits de succession réglés dans le canton de Neufchâtel par le fils pourront être imputés sur la quote-part des droits français portant sur le bien situé en Suisse.

En pratique, il faudra alors remplir un formulaire spécial (Cerfa n° 2740) délivré par la recette des non-résidents valant demande d'imputation.

DROIT CONVENTIONNEL

Le droit conventionnel est plus intéressant que le droit interne français lorsqu'il s'agit d'éluder une double imposition. **Encore faut-il que les Etats se mettent d'accord à ce sujet...**

Ainsi, avant de s'intéresser à l'application même des conventions fiscales interétatiques ainsi qu'au mécanisme conventionnel d'élimination de l'impôt, il convient de déterminer quelles sont les conventions assurant l'absence de double imposition lorsqu'une transmission est effectuée dans un cadre international.

Les conventions concernées

La France a signé **trente-six** conventions internationales en vue d'éviter les doubles impositions en matière de successions. Seulement **sept** en matière de donations. Les donations[11] transfrontalières sont ainsi plus souvent taxées que les successions internationales.

Etablies sur le modèle de l'OCDE datant de 1982, les conventions fiscales ont pour objet d'éliminer les doubles impositions.

En cas de conflit, les conventions définissent la notion de domicile des personnes et, sauf exception[12] elles reconnaissent à l'Etat du domicile du défunt le droit d'imposer la totalité des successions. Elles répartissent le droit d'imposer entre l'Etat de la source et l'Etat de résidence et prévoient des dispositions pour éliminer les doubles impositions lorsque les deux Etats ont le droit d'imposer d'après leurs législations internes.

L'application des conventions

L'article 750 ter du CGI s'applique uniquement sous réserve de conventions internationales applicables[13].
A la différence du droit interne français, les critères servant de détermination du domicile fiscal du contribuable **sont hiérarchisés et non alternatifs** permettant ainsi de mieux trancher la difficulté. Ainsi, en cas de conflit sur la notion de domicile fiscal et lorsque deux Etats revendiquent le domicile du contribuable, il est fait application des critères de manière successive. Si un premier critère n'est pas rempli, le second est analysé, et ainsi de suite.

Sauf exception contenue dans la convention fiscale entre la France et l'Allemagne datant du 12 octobre 2006, la fiscalité des transmissions est attachée au domicile du défunt ou du donateur. Les conventions bilatérales ne retiennent pas le critère de territorialité du domicile du bénéficiaire.

Par conséquent, par principe, les conventions bilatérales tendent à l'élimination de la fiscalité en France au titre de l'article 750 ter 3 du CGI sur les successions et donations dont un bénéficiaire (héritier, légataire ou donataire) est domicilié en France.

L'exemple de la convention fiscale franco-belge

Une personne domiciliée en Belgique décède en laissant un immeuble situé en France et des valeurs mobilières françaises. En application de la convention fiscale franco-belge du 20 janvier 1959, les valeurs mobilières sont exonérées en France. En revanche, l'immeuble français est imposable en France et l'impôt doit être calculé d'après le taux moyen qui serait applicable s'il était tenu compte de l'ensemble des biens que la législation française permettrait d'imposer[14], soit au taux correspondant à l'impôt sur l'immeuble et les valeurs mobilières.

Toutefois, de nombreuses conventions fiscales donnent aux Etats le droit, pour le calcul de l'imposition des biens imposables, de tenir compte de l'ensemble des biens imposables selon leur législation interne.

[9] CGI, art. 750 ter 1°
[10] CGI, art. 750 ter 3°
[11] Allemagne, Autriche, Nouvelle-Calédonie, Saint-Pierre-et-Miquelon, Etats-Unis, Italie, et Suède.
[12] Convention FR-Allemagne du 12 octobre 2006
[13] Primauté des conventions internationales sur le droit interne, Art. 55 de la Constitution du 5 octobre 1958
[14] Article 10 de la Convention France-Belgique du 20 janvier 1959

A l'échelle de la France, l'application de ce mécanisme permet de prendre en compte les biens qui auraient été imposés en France si la convention n'avait pas retiré à la France le droit de les imposer, que le défunt ait été, ou non, domicilié en France.

En ce qui concerne les immeubles détenus indirectement, la majorité des conventions fiscales retient le principe de la prépondérance immobilière dans les sociétés imposant au lieu de situation l'immeuble détenu par une personne morale. C'est le cas par exemple de la convention signée avec les Etats-Unis[15] ou bien encore le Royaume-Uni[16]. Ainsi dans le cadre d'une acquisition immobilière faite au moyen d'une Société Civile Immobilière (SCI) française par un couple d'américains, la transmission de leurs parts sociales sera imposée en France quand bien même le titulaire des parts était domicilié aux Etats-Unis.

Seules les conventions signées avec la Belgique, l'Espagne, le Royaume du Bahreïn, les Emirats Arabes Unis et l'Arabie Saoudite ne retiennent pas la notion de prépondérance immobilière pour les SCI imposant ainsi les parts de société dans l'Etat de résidence du défunt. Ces conventions ont notamment un intérêt pour les personnes domiciliées dans des Etats ne connaissant pas les droits de succession dans leurs législations internes.

Le mécanisme conventionnel d'élimination de l'impôt de transmission

De manière conventionnelle, l'élimination de l'impôt sur les transmissions patrimoniales s'opère de deux façons : au moyen de l'exonération ou par le biais de l'imputation.

La méthode de l'exonération pose le principe selon lequel le patrimoine est imposé dans l'Etat dans lequel soit le donateur, soit le défunt a son domicile, ce qui exonère d'impôt les biens qui sont imposables dans l'autre Etat.

La méthode de l'exonération est accompagnée du taux effectif ce qui permet de maintenir la progressivité de l'impôt sur les biens imposés en France en tenant compte de l'ensemble des biens qui auraient été imposés en l'absence de convention.

La méthode de l'imputation s'opère au moyen **d'un crédit d'impôt** correspondant à l'impôt étranger dans la limite de l'impôt dû dans l'Etat du domicile. Là encore, il n'y a pas de remboursement de l'excédent de crédit d'impôt.

L'exemple le plus récent est celui de la convention avec les Etats-Unis : lorsque le défunt était domicilié en France au moment de son décès, on lui accorde une déduction d'un montant égal à l'impôt payé aux Etats-Unis au moment de la transmission des biens qui, à l'occasion du même événement, sont imposables aux Etats-Unis.

Dans l'attente – un jour, peut-être – d'une harmonisation des règles de fiscalité en matière de successions en Europe, il convient d'analyser pour chaque cas l'approche fiscale sous l'angle national, d'une part, et lorsque cela est possible, sous l'angle conventionnel, d'autre part.

Chaque situation est différente, mais à chaque situation, sa solution.

[15] Article 5 de la Convention France -Etats-Unis du 24 novembre 1978
[16] Article 4 g) de la Convention France–Royaume-Uni du 21 juin 1963

WHAT'S A USUFRUCT? THE SOMEWHAT CONVULUTED VIEW FROM THE UNITED STATES OF A COMMON FRENCH PLANNING TOOL

LEIGH-ALEXANDRA BASHA
ATTORNEY AT LAW
MCDERMOTT WILL & EMERY,
WASHINGTON, DC.
U.S. TAX TREATMENT OF USUFRUCTS

LE DÉMEMBREMENT DE PROPRIÉTÉ EST UN OUTIL TRADITIONNEL DE TRANSMISSION PATRIMONIALE EN DROIT FRANÇAIS. QUELLES EN SONT LES IMPLICATIONS NOTAMMENT FISCALES À L'ÉTRANGER ? LE PRÉSENT ARTICLE EXPOSE LES CONSÉQUENCES FISCALES AUX ETATS-UNIS D'UN DÉMEMBREMENT DE PROPRIÉTÉ RÉALISÉ EN FRANCE.

While usufructs are a common succession-planning tool in civil law jurisdictions like France, there is little U.S. law addressing the taxation of usufructs. Only the state of Louisiana, which follows civil law, recognizes a usufruct. No other U.S. state recognizes usufructs. So how does the United States treat such usufruct arrangements? This article will examine the usufruct, how the United States taxes it, and how the rules apply in practice.

- What are the rights of the usufructuary? The usufructuary has the right to use the property and is entitled to income from the property. The usufructuary's interest is generally similar to a life estate under common law.

- How and when is it taxed? The tax treatment of a usufruct arrangement depends on the facts and circumstances of each arrangement. A usufructuary typically is taxed on the income earned by the property. When a usufruct arrangement is created, a gift of the bare property interest generally is treated as made. This gift may be subject to U.S. gift tax, but the value of the gift may be limited to the value of the bare property interest.

- What is the nature of the right of the bare owner? The "naked" or "bare" owner (equivalent to a remainderman in a common law jurisdiction) is the legal owner of the property. Upon the usufructuary's death, the usufructuary's interest is automatically transferred to the bare property owner who then owns the property in full.

- How and when is it taxed? If the usufructuary is a U.S. person, then the value of property subject to a usufruct arrangement generally is included in the usufructuary's estate for U.S. estate tax purposes if the usufructuary was the one who created the usufruct and gave the bare ownership. In that case, the bare property owner generally receives a tax basis in the property

equal to the value of the property at the time of the usufructuary's death. If someone other than the usufructuary created the usufruct, then the bare property owner receives a carry-over basis because there is no inclusion in the estate of the usufructuary.

APPLICABLE U.S. TAX TREATMENT OF USUFRUCTS

A usufruct may be treated as a life estate (or form of co-ownership), because there is no separate fiduciary or title owner, or under the U.S. treasury regulations, an ordinary trust. An ordinary trust is defined as "an arrangement created either by will or by an inter vivos declaration whereby trustees take title to property for the purpose of protecting or conserving it for the beneficiaries under the ordinary rules applied in chancery or probate courts."[1] Nevertheless, the Internal Revenue Service (the "IRS") has issued private letter rulings (PLRs) in which it characterized a usufruct as a trust for income tax purposes. For example, in PLR 9121035, the IRS concluded that a usufruct was classified as a trust for U.S. tax purposes. In the ruling, the usufructuary, in addition to his usufruct rights, had administrative powers over the assets subject to the usufruct (similar to the role of a trustee). It is possible that the IRS would not treat a usufruct as a trust for income tax purposes if the usufructuary did not have administrative powers similar to those in the letter ruling.

Regardless of whether a usufruct is treated as a form of co-ownership (e.g., a life estate) or a trust for U.S. tax purposes, if the usufructuary owns interests in non-U.S. entities, the individuals holding bare interests in the usufruct arrangement may not be subject to U.S. income tax or U.S. income tax reporting obligations. Generally, individuals holding a bare interest in an entity have no interest in the income, and therefore, depending on the circumstances, such individuals may not be subject to U.S. income tax or reporting obligations with respect to such entity.

For example, in PLR 8748043, the IRS concluded that a usufructuary of a Netherlands usufruct was considered the owner of the underlying stock until the usufruct period ended. Under Dutch law, the usufructuary was entitled to the use and enjoyment of assets subject to the usufruct during the usufructuary's lifetime, but the usufructuary was obligated to preserve intact the underlying property. Upon the usufructuary's death, the usufruct terminated and all rights with respect to the property were thereafter enjoyed by the remaindermen. In addition, in the case of this usufruct imposed on stock, any dividends paid during the term of the usufruct by the corporation with respect to its stock must have been paid to the usufructuary and no dividends could be paid to the remaindermen.

The PLR analyzed whether the usufructuary or the remaindermen was treated as the owner of stock subject to the usufruct arrangement for applying the United States controlled foreign corporation ("CFC") rules. These rules generally provide that the determination of a person's proportionate interest in a non-U.S. corporation be made based on all the facts and circumstances in each case. A person's proportionate interest in a non-U.S. corporation generally will be determined with reference to such person's interest in the income of the corporation, but any arrangement that artificially decreases a U.S. person's proportionate interest will not be recognized. The IRS reasoned that because the usufructuary had a 100 percent interest in the corporation's income during the usufruct's term, the usufructuary was treated as the owner of the corporate stock during such time for purposes of the CFC rules. It is possible, however, that the IRS would take a contrary position. In addition, although not free from doubt, bare ownership likely is reportable on IRS Form 8938 *(Statement of Specified Foreign Assets)* – especially where the bare property interest holder is entitled to liquidation rights[2].

Under the U.S. estate tax rules, if a person retains certain interests in property transferred to a trust, the property transferred by to the trust is treated as retained and the value of such property is included in the donor's estate at death. If a person establishes a usufruct interest for himself and makes a gift of the remainder interests to others, this rule may apply to include the value of the property transferred to the usufruct arrangement in the transferor's estate for U.S. tax purposes. In general, the beneficiary of such property receives an income tax basis in the property equal to the fair market value of the property on the date of the decedent's death. With proper planning, any built-in gain in the property may be eliminated and therefore the remainderman will be subject to income tax only on the post-death appreciation of the property.

APPLICATION OF RULES IN PRACTICE

A typical French succession plan often involves the client retaining a usufruit or usufruct interest and giving the *nue propriété* or bare ownership to the next generation. The benefits from a French perspective are typically that the value of the gift on which French gift tax will be paid is reduced based on the age of the donor. At the donor's subsequent death, the usufruct interest evaporates and "poof" nothing is included in the usufructuary's estate to be taxed at death. Thus, the appreciated

[1] Treas. Reg. § 301.7701-4.

[2] This is because an interest in a "specified foreign financial asset" is reportable on a Form 8938 if any income, gains, losses, deductions, credits, gross proceeds, or distributions from holding or disposing of the asset are or would be required to be reported, included, or otherwise reflected on the taxpayer's income tax return. Treas. Reg. § 1.6038D-2(b)(1).

value all passes entirely to the bare property owner at the usufructuary's death, typically the usufructuary's child.

Firstly, the concept of a usufruct is little known in the U.S. law. Thus, the arrangement is likened to other more familiar U.S. concepts namely, either a trust or a life estate/remainder interest depending on the characteristics of the arrangement. Typically, French usufructs are treated as life estates and bare property interests as remainder interests. A transfer by the donor (usually a parent) of the bare property ownership interest to the donee (often a child) could give rise to U.S. income, gift and estate tax reporting requirements depending on the asset in question (shares in a company or real property) and who is making the transfer (such as a U.S. citizen/domiciliary or a non-U.S. citizen, non U.S. domiciliary (NCND). If the donor is a U.S. citizen residing in France (or a U.S. resident transferring a bare ownership interest in French property), the donor will be subject to U.S. estate tax at the time of death. This is because the United States views the donor as not relinquishing the entire property but retaining a string, which is the usufruct interest. As such, the United States does not treat the gift as a completed gift but as a gift with a retained interest resulting in the full fair market value of the asset at death being includible in the U.S. person's estate and subject to U.S. estate tax. Furthermore, there is no credit for the gift tax paid to France in the earlier year of transfer unless the individual also paid U.S. gift tax, which would only occur if the lifetime transfers exceeded the exemption amount (currently $11,400,000). Let us look at some examples.

Example 1. U.S. person creates and retains usufruct; gift of bare property to U.S. person.

Mother, a U.S. citizen residing in France, owns her home in France worth 5 million Euros. Mother gives the *nue propriété* interest to her daughter also a U.S. citizen and retains the *usufruit*. Based on Mother's age, she gets a 30% discount on the value of the *nue propriété* interest and pays French gift tax on 3.5 million Euros. Mother will need to report the gift in the United States, but assuming she has her full $11,400,000 exemption amount, she will not pay any U.S. gift tax. As a result, the French gift tax paid will not be credited in the United States. Assume Mother dies 10 years later and the property is worth 8 million Euros. There will be no further French inheritance tax as the *usufruit* interest vanishes at Mother's death. However, the full 8 million Euros comes back into her U.S. taxable estate and together with other assets is subject to U.S. estate tax at a rate of 40%. She will not get a credit for the French gift tax paid 10 years earlier. This generally is an unfavorable result. It solves the French inheritance tax problem at a reduced rate, but it does not solve the U.S. estate tax inclusion issue with no crediting of the gift tax previously paid.

That said, there is a positive aspect. When Mother dies, because the full value of the property is includible in her estate, the property will enjoy a full step up in basis to the date of death value (8 million Euros), and therefore the daughter will have a new 8 million Euros basis. If Daughter sells the property shortly after her mother's death for 8 million Euros, she will pay no U.S. capital gains tax. However, given that it is French real property her basis under French law will be the 5 million euros value at the time of transfer and she will pay French capital gains tax unless she qualifies for some other exemption (e.g., she and her mother held it for more than 30 years). Daughter will be exposed to french capital gain tax on the difference between the sale price realized by Daughter of 8 million Euros less the 5 million value at transfer or 3 million Euros. This gain will be exempt from U.S. capital gains tax.

Example 2. Non- U.S. person creates and retains usufruct; gift of bare property to U.S. person.

Same facts is in example 1 except Mother is a non-U.S. person (she is not a U.S. citizen and she is not U.S. tax resident). No U.S. gift or estate tax issues would apply because both Mother and asset are non-U.S. However, the step up in basis analysis may differ. When the creator of the usufruct is a non-U.S. citizen and non-U.S. domiciliary (NCND) and the property transferred is non-U.S. situs, the Internal Revenue Service may argue that the property does not benefit from a step up in basis under IRC 1014. However, there is IRS guidance to support the argument for a basis step-up because possession/ownership of the property passes to the daughter via operation of local French law (via a combination of property and inheritance laws). If no step-up were allowed, Daughter as a U.S. person would have to pay increased U.S. capital gains tax at the disposition. The IRS may argue no step-up in basis, however the taxpayer would argue possession/ownership of property passes to adult child by operation of French law in which case the child should arguably get an IRC 1014(b)(1) step up pursuant to analysis similar to Rev. Rul. 84-139 and GCM 39320.

Example 3. Third party creates the usufruct.

If instead of Mother creating the arrangement, retaining the usufruct interest and giving the bare property interest to Daughter, Father creates the arrangement, gives the usufruct to Mother and the bare property interest to Daughter. In this instance, under U.S. tax law, when Father dies, there is no inclusion in his estate because he did not retain the usufruct interest. When Mother dies, there is no inclusion in her estate because she did not create the usufruct. However, there would be no step-up in basis at the death of either Father or Mother because there is no inclusion in either of their estates. Thus, Daughter will take a carry-over basis from Father and be exposed to U.S. capital gains tax.

Example 4. Couple married under community property regime create usufruct at death of first spouse to die.

A married couple who are French citizens and residents at the time of their marriage have a community property marital regime. Each spouse has a divided 50% interest in the property in question and at the death of the first spouse, the surviving spouse is entitled to a usufruct interest in the decedent's half until the surviving spouse's death or until remarriage. At the time of the first spouse's death, they are both U.S. residents and domiciliaries. Should the decedent's one-half value of the community property be included in the decedent's gross estate? Yes. The decedent's share is includable in the decedent's estate and is not reduced by the creation of the usufruct upon death. In *Estate of Lepoutre (62 T.C. 84 (U.S.T.C. 1974)*, a 1974 tax court decision, the court applied French law and held that the value of the usufruct does not reduce the interest in the community property and is includable in the gross estate.

Reporting Requirements.

The U.S. bare property owner may have additional U.S. reporting obligations. These include, but are not limited to, the following:

- Form 3520 *(Annual Return to Report Transactions with Foreign Trusts and Receipt of Certain Foreign Gifts)* – This reporting is required if the value of the gifted bare property ownership interest from a non-U.S. person exceeds the filing threshold ($100,000 if from an individual).

- Form 8938 *(Statement of Specified Foreign Financial Assets)* – This reporting could be required annually if the bare property interest is in a "specified foreign financial asset" and would require reporting the value of the U.S. person's bare property interest on an annual basis with her U.S. tax return.

- Form 8865 *(Return of U.S. Persons With Respect to Certain Foreign Partnerships)* – This form may be required to be filed if the bare property interest is in a foreign holding company classified as a foreign partnership for U.S. tax purposes. An example of such an entity is an SCI – which generally is treated as a foreign partnership for U.S. tax purposes without electing other treatment[3].

- Form 5471 *(Return of U.S. Persons With Respect to Certain Foreign Corporations)* - This form may be required to be filed if the bare property interest is in a foreign holding company classified as a foreign corporation for U.S. tax purposes. An example of such an entity is an SA – which is treated as a "per se" foreign corporation for U.S. tax purposes[4].

As one can gather from the analysis above, usufructs are a valuable succession-planning tool in France, but they can pose major planning problems when dealing with U.S. persons. While this is not always the case, advisors should be cautious when recommending usufruct/bare property planning to any clients with U.S. connections.

[3] See Treas. Reg. §§ 301.7701-3, -5.
[4] See Treas. Reg. §§ 301.7701-2(b)(8)(i), -5.

LA RECONNAISSANCE DE DETTE
CONSTITUTION ET CIRCULATION TRANSNATIONALES

IGOR KIRILLOV

GRÉGOIRE LEMARCHAND-GHICA*

La reconnaissance n'est pas l'apanage des mondes juridique et économique. Elle se rencontre dans tous les pans de la vie humaine.

La reconnaissance est l'admission d'un état de fait ou de droit préexistant. La reconnaissance de dette est un acte utile[1], permettant à une personne de se reconnaître débitrice à l'égard d'un créancier, c'est-à-dire de reconnaître qu'elle doit accomplir une obligation à son égard. Un rapport d'obligation est ainsi créé entre les deux parties au contrat.

La reconnaissance de dette a notamment pour but de protéger le créancier en lui conférant une preuve de la créance qu'il détient et en lui permettant de faire confiance à la reconnaissance. La reconnaissance de dette peut être utilisée dans le cadre d'un prêt, d'une donation déguisée... Malgré son importance, voire sa nécessité, sa nature reste peu aisée à appréhender. Cette difficulté est d'autant plus grande que les règles en la matière ne sont pas uniformes et varient selon les pays.

Aujourd'hui, la reconnaissance de dette a vocation à être constituée (I) et à circuler (II) dans un contexte international.

Le critère de la résidence fiscale est un élément déterminant. L'article 750 ter se combine ainsi avec l'article 4 B du CGI, les deux étant indissociables dans la mise en œuvre de la fiscalité des transmissions internationales.

I
LA CONSTITUTION DE LA RECONNAISSANCE DE DETTE

La reconnaissance de dette est un concept juridique difficile à appréhender et changeant selon les pays, ce qui peut être illustré par l'étude de plusieurs droits nationaux.

Ainsi, il importe d'abord de déterminer la loi applicable à une telle reconnaissance d'un point de vue du droit international privé et ce, en application des critères du Règlement Rome I du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

* Nous tenons à remercier Me E. FINOT et Mme C. BOINOT-MALON pour leurs précieux conseils, leur soutien, leur disponibilité et leur direction.

[1] L'administration fiscale a mis en ligne un modèle de reconnaissance de dette : http://www2.impots.gouv.fr/enregistrement/reconnaissance/9_reconnaissance_dettes.htm.

> "La reconnaissance est une dette que les enfants n'acceptent pas toujours à l'inventaire."
>
> *H. DE BALZAC, GOBSECK, 1830*

DÉFINITION

LA RECONNAISSANCE DE DETTE est un « acte écrit par lequel une personne se reconnaît débitrice envers une autre. » (G. CORNU, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, coll. Quadrige, PUF, 12ème éd., 2018)

Une fois cette question primordiale résolue, il convient de savoir si la reconnaissance de dette requiert, en tant que contrat, une cause – au sens du droit ancien – ainsi qu'un écrit, pour exister et produire tous ses effets juridiques. Surtout, si ces deux interrogations sont nécessaires, c'est qu'elles ont un intérêt réel quant à la validité et/ou la preuve de la reconnaissance de dette. En effet, de telles conditions ont une incidence certaine sur le droit matériel interne qui s'appliquera *in fine* audit contrat, car seul ce dernier détermine le régime juridique du contrat et ses effets.
Bien que les conditions de la cause et de l'écrit se retrouvent dans de nombreux États, le droit matériel applicable à la reconnaissance de dette peut différer selon qu'il s'agit d'une condition de validité ou d'une condition de preuve. Par ailleurs, ces variations d'un pays à l'autre signifient que les parties doivent porter une attention différente à la rédaction de la reconnaissance en fonction de la loi applicable. Dans certains cas, un simple témoignage suffit, tandis que dans d'autres, il convient d'apposer certaines mentions obligatoires, voire d'expliciter la nature de la dette reconnue.
Il convient de noter qu'aucun des systèmes juridiques qui seront étudiés n'exige la forme notariée pour la reconnaissance de dette. Pour autant, aucun d'entre eux n'interdit que la reconnaissance de dette soit faite sous forme notariée – cette dernière pouvant avoir des avantages[2].

L'appréhension la reconnaissance de dette dans un contexte international implique une réflexion sur les conditions de cette dernière d'un point de vue du droit interne afin d'envisager son exportation et sa reconnaissance au sein d'autres Etats.

II

LA CIRCULATION DE LA RECONNAISSANCE DE DETTE

La reconnaissance de dette peut être constituée dans un pays, mais circuler dans un autre, soit pour prouver la dette devant le tribunal, soit pour la recouvrir. Pour autant, sa valeur et ses effets précis peuvent varier en fonction de la loi applicable à la reconnaissance et en fonction des effets accordés au document qui la revêt.

LE DROIT APPLICABLE À LA RECONNAISSANCE DE DETTE

Le problème du droit applicable à la reconnaissance de dette amène à distinguer deux questions, car en fonction du juge saisi, le droit qui régit ces questions peut être assez différent. Cependant, il convient de noter que les règles de conflit des lois en matière de forme de la reconnaissance prévoient dans de nombreux pays l'application de la même loi qui régit le fond, c'est-à-dire les effets de celle-ci.
Quelle forme doit revêtir la reconnaissance de dette pour être valable ou pour servir comme preuve au cours d'un procès ? La reconnaissance de dette crée-t-elle une obligation, établit-elle une présomption de celle-ci ou ne constitue-t-elle qu'un simple élément de preuve ?

Le droit applicable à la forme de la reconnaissance de dette

La plupart des pays exigent un écrit, quelle que soit sa nature, c'est-à-dire qu'il importe peu qu'il s'agisse d'une règle de preuve ou d'une condition de validité. Cependant, ce formalisme peut être considérablement assoupli par le jeu des règles de conflit des lois.

En Europe

Tout d'abord, pour ce qui relève des conditions de validité, la plupart des pays de l'Union européenne (sauf le Danemark) suivent le principe *favor negotii*, consacré à l'article 11(1)-(3) du Règlement Rome I. Ce règlement laisse le choix entre six options qui sont la loi applicable au fond de l'acte, ou les lois des lieux où se trouvait chacune des parties au moment de la conclusion de l'acte, ou encore les lois des lieux de résidence de chacune des parties. Tant que l'acte est conforme à au moins l'une des lois énumérées, le juge national considère l'acte valide.
Ensuite, le juge suisse suit à peu près le même principe, mais il ne prend pas en compte les lois des lieux de résidence, donc le nombre d'options est réduit à quatre[15].
Enfin, le juge russe applique l'article 1209 du Code civil (de la Fédération de Russie), qui lui impose de prendre en compte trois options : la loi applicable au fond, la loi du lieu de conclusion (c'est-à-dire le lieu de résidence du pollicitant, art. 444) et le droit russe. L'acte est alors valide si le juge détermine que l'un de ces droits valide l'acte. Cependant, le droit russe ne peut être appliqué que si au moins une partie a sa nationalité ou son lieu de

[2] Cf. infra II. B. 2.
[3] Le Code Napoléon est le Code civil de 1804.
[4] P. VAN OMMESLAGHE, Droit des obligations, Bruylant, 2010, t. I, n° 198.
[5] P. WERY, Droit des obligations, t. I, Larcier, 2ème éd., 2011, n° 299-300.
[6] C. civ. belge, art. 1326 : « Le billet ou la promesse sous seing privé par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit ; ou du moins il faut qu'outre sa signature, il ait écrit de sa main un "bon" ou un "approuvé", portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose ;
Excepté dans le cas où l'acte émane de marchands, artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée et de service. »
[7] Par ex., la reconnaissance suivante n'énonce pas la nature de la dette : « A doit rembourser à B tant de roubles » ; tandis que celle-ci l'énonce : « A doit rembourser à B tant de roubles empruntés ».
[8] Par ex., arrêt de la chambre civile de la Cour Suprême de la Fédération de Russie n° 5-KГ17-97 du 1er août 2017.

SYSTÈMES JURIDIQUES	LA RECONNAISSANCE DE DETTE REQUIERT-ELLE UNE CAUSE ?	LA RECONNAISSANCE DE DETTE REQUIERT-ELLE UN ÉCRIT POUR ÊTRE OPPOSABLE AU DÉBITEUR ?
ALLEMAGNE	Oui : le BGB (code civil allemand) régit la reconnaissance de dette en son paragraphe 781. A la suite d'un raisonnement en creux, la cause est présumée car le débiteur peut reconventionnellement la restitution de la somme qu'il a payée au créancier sur le fondement de l'enrichissement injustifié, s'il prouve que la reconnaissance de dette n'était fondée sur aucune cause[13]. Il peut donc être considéré, en creux, que la reconnaissance de dette exige une cause, mais que celle-ci est présumée.	La reconnaissance de dette doit faire l'objet d'un acte écrit, à titre de validité. Il s'agit d'une exigence assez contraignante car la reconnaissance de dette ne peut pas exister sans un quelconque écrit. Néanmoins, cette obligation contraste avec le fait que le BGB ne donne pas plus de précisions quant aux formes précises de l'acte, qui paraissent donc assez libres. En revanche, en matière commerciale, l'écrit n'est pas requis (HGB, §350) [14].
ANGLETERRE, PAYS DE GALLES ET ETATS-UNIS D'AMÉRIQUE	Oui lorsque la reconnaissance de dette est assimilée à un contrat car il y a la notion de ***consideration*** qui est l'équivalent de la cause et qui est une condition de validité de l'acte. Elle implique un bénéfice pour le créancier ou un préjudice pour le débiteur soit une réciprocité dans l'engagement. Le ***consideration*** reconnait la promesse de dette, qui est assez proche de la reconnaissance de dette. Aux Etats-Unis, le ***consideration*** est interprété de manière plus souple car il peut être présumé et peut appartenir à celui qui prétend l'absence du considération de le prouver[11] et parfois un simple document écrit suffit à faire présumer l'existence du ***consideration***[12].	En principe, l'écrit n'est pas une condition de validité du contrat. Toutefois, le ***deed*** permet la reconnaissance de dette si un certain nombre de conditions formelles sont respectées (il doit être signé en présence d'un témoin, il faut une délivrance du ***deed***). Aux Etats-Unis, on peut également avoir recours au ***deed*** pour une preuve de la reconnaissance de dette mais parfois un simple document écrit suffit à faire présumer le ***consideration***.
BELGIQUE	Le droit belge est proche du droit français antérieur à la réforme de 2016[3]. Oui, la cause est présumée et c'est une condition nécessaire[4]. Cependant, la cause de la reconnaissance de dette établie par écrit est présumée et il appartient donc au débiteur de prouver l'absence de cause[5].	Comme en droit français, le droit belge[6] requiert un écrit pour prouver la reconnaissance de dette avec plusieurs mentions obligatoires : - le débiteur doit signer le contrat - rédiger en entier la reconnaissance - écrire « bon » ou « approuvé » sur la reconnaissance et « en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose »
FRANCE	Avant 2016 : La cause est présumée en vertu de l'article 1132 ancien du Code civil, c'est au débiteur de prouver son absence. Depuis 2016 : La cause a disparu du Code civil, la question reste donc en suspens en ce que les fonctions de la cause ont été conservées et consolidées. Il faut donc attendre une jurisprudence récente pour connaitre l'évolution juridique.	Oui, mais c'est une condition de preuve et non de validité. L'article 1376 nouveau du Code civil prévoit la preuve de la reconnaissance de dette par un écrit qui requiert plusieurs conditions de forme : - le débiteur doit écrire lui-même la somme d'argent ou la quantité de biens fongibles qu'il reconnaît avoir à payer ou à livrer. - le débiteur doit indiquer cette somme ou cette quantité en toutes lettres et en chiffres, et ce de façon cumulative (la somme écrite en toutes lettres prévaut). - le débiteur doit signer la reconnaissance de dette. La reconnaissance de dette qui ne respecte pas les conditions de forme n'a pas de force obligatoire contre le débiteur. Il faudra avoir recours à un commencement de preuve par écrit.
ITALIE	L'article 1988 du Code civil est relatif à la reconnaissance de dette[10]. Il y a la nécessité d'une relation fondamentale entre les cocontractants qui peut être assimilé à l'exigence d'une cause. Puisque la reconnaissance de dette fait présumer la relation fondamentale, on peut en déduire que la cause est présumée.	Non (controversé) Aucune forme particulière n'est requise et la jurisprudence semble admettre qu'une reconnaissance de dette puisse être implicite. Une partie de la doctrine estime néanmoins que cet acte doit respecter la même forme que le rapport fondamental qui la précède et donc être contenu dans un écrit.
RUSSIE	La reconnaissance de dette n'est pas spécialement régie par le Code civil russe, mais les règles générales sur la forme des actes juridiques (art. 161 et 162 C. civ.) et la jurisprudence font apparaître un régime assez exigeant Oui, la cause doit être prouvée. Même en présence d'une reconnaissance écrite qui n'énonce pas la nature de dette[7], il incombe au créancier de prouver le fondement (c'est-à-dire la cause) de la dette (prêt, vente, ...)[8].	Oui, mais la quittance du débiteur le supplée pour un prêt. L'écrit est surtout recommandé à titre probatoire[9].
SUISSE	Oui, la cause est présumée donc le débiteur doit prouver son absence en cas de contestation.	Non mais détenir un écrit peut être un avantage important d'un point de vue probatoire et du recouvrement de la dette.

[9] Le Code civil russe exige une forme écrite pour tout acte excédant 10.000 Roubles (140 € environ) et/ou conclu avec une personne morale, ce qui s'applique à presque toutes les reconnaissances de dette (art. 161 C. civ. russe ; art. 808 C. civ. russe, pour les contrats de prêt).
Cependant, la portée de cette règle est soumise à trois réserves.
Premièrement, la forme écrite en Russie n'exige que la signature des parties (C. civ. russe, art. 160) et pour ce qui est des prêts, la quittance de l'emprunteur, qui est unilatérale, fait office de cette forme écrite (C. civ. russe, art. 808, al. 2). Deuxièmement, le non-respect de la forme écrite ne rend pas l'acte nul, car il est seulement « sanctionné » sur le terrain procédural par l'impossibilité de recourir aux témoignages (C. civ. russe, art. 162). Troisièmement, les exigences de l'article 161 ne s'appliquent pas à la reconnaissance de dette interruptive de prescription, qui n'est soumise à aucune forme (C. civ. russe, art. 203). Néanmoins, l'interruption d'un délai de prescription déjà écoulé requiert un écrit (C. civ. russe, art. 206).
[10] C. civ. italien, art. 1988 (traduction libre) : « La promesse de paiement ou de reconnaissance d'une dette dispense celui en faveur duquel elle est faite de la charge de prouver la relation fondamentale. L'existence de ce droit est présumée jusqu'à preuve du contraire. »
[11] Code du Montana, art. 28-2-805 ; Lois de l'Idaho, art. 29-104 ; Lois du Dakota du Sud, art. 53-6-4.
[12] Code du Montana, art. 28-2-804 ; Lois de l'Idaho, art. 29-103 ; Lois du Dakota du Sud, art. 53-6-3.
[13] G. DANNEMAN, The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution: A Comparative Introduction, 2009, p. 41 s. (spéc. p. 42-43 et not. BGB, §812).
[14] M. FROMONT, J. KNETSCH, Droit privé allemand, 2ème éd., 2017, LGDJ, n° 346.
[15] Art. 124 de la Loi fédérale sur le droit international privé (ci-après LDIP suisse).

résidence (art. 1195) ou bien, s'il s'agit d'une personne morale, son lieu d'immatriculation (art. 1202) en Russie. Par le passé, il pouvait être pensé que la règle de l'article 162 du Code civil russe était de nature procédurale[16] et, de ce fait, relevait du droit du for[17] ; or, la Cour suprême a confirmé en juillet 2019 que, bien qu'elle *« prévoie les conséquences de nature procédurale (…), cette règle est une règle matérielle »*, ainsi soumise à l'article 1209 *(v. supra)*[18].

Hors d'Europe

Parfois, des règles équivalentes aux règles européennes existent dans d'autres pays, comme au Japon (art. 10 de loi sur l'application des lois n° 10 du 20 juin 1899) et en Corée du Sud (art. 17 de la loi sur le droit international privé) qui appliquent les mêmes règles qu'en Suisse (*v. supra*). Toutefois, certains pays ont des règles ayant une logique différente.

D'une part, il peut exister des rattachements très différents à ceux appliqués dans les pays européens. En conséquence, pour présenter un acte à des autorités étrangères, il faut consulter non seulement le droit matériel, mais aussi le droit international privé des pays concernés par l'acte. Par exemple, la plupart des États fédérés des États-Unis suivent la règle du paragraphe 199 *du Restatement (Second) of Conflict of Laws*[19] qui privilégie la loi applicable au fond. En revanche, l'article 3538 du Code civil de la Louisiane offre un choix entre la loi du fond, la loi du domicile commun des parties, la loi du lieu de l'exécution et la loi du lieu de la conclusion.

D'autre part, les règles de conflit applicables au formalisme probatoire peuvent varier. Tout d'abord, de nombreux pays considèrent que les règles définissant les modes de preuves admissibles sont des équivalents fonctionnels aux règles de validité formelle. Ces pays leur appliquent par analogie les mêmes règles de conflit des lois *(v. supra)*. Les décisions de justice suisses[20], californiennes[21] ou encore arizoniennes[22] l'illustrent car elles assimilent les règles françaises exigeant une preuve par écrit (ou bien les règles équivalentes des *Statutes of Frauds* aux États-Unis[23]) aux conditions de validité formelle de l'acte[24]. Toutefois, cette solution n'est pas unanime[25]. Enfin, l'article 18 du Règlement Rome I adopte la solution la plus libérale. Il admet tous les modes de preuve permis par la loi régissant la validité formelle (donc il y a six options), mais aussi permis par la loi du for.

Le droit applicable au fond de la reconnaissance de dette

La détermination du droit applicable au fond de la reconnaissance de dette est soumise à des règles très libérales.

En effet, quels que soient ses effets précis, l'objet de la reconnaissance de dette est presque toujours une obligation d'origine contractuelle (au moins dans le sens « européen » du terme, c'est-à-dire un « engagement librement assumé d'une partie envers une autre[26] », ce qui peut englober les engagements unilatéraux[27]). Ainsi, il y a lieu de retenir le droit applicable aux obligations contractuelles, ce qui donne une liberté de choix du droit applicable dans la majorité des pays[28].

Par conséquent, en pratique, les parties à la reconnaissance de dette peuvent presque toujours échapper aux règles de forme ou de fond d'un pays donné en choisissant, expressément ou implicitement, une loi particulièrement libérale (par ex. le droit suisse). Néanmoins, l'existence d'une loi de police limiterait le choix du droit applicable, même si une telle loi dans le domaine est difficilement concevable[29].

Il existe certaines exceptions à cette liberté de choix. Par exemple aux Etats-Unis, l'article 187 du *Restatement of Conflict of Laws (Second)* qui exige une relation caractérisée *(substantial relationship)* du droit choisi avec les parties ou le contrat ou alors une raison raisonnable justifiant ce choix[30].

LES EFFETS DE L'ACTE DE RECONNAISSANCE DE DETTE DANS LES AUTRES PAYS

Les parties peuvent librement choisir le droit applicable à la reconnaissance, mais un acte de reconnaissance peut ne pas être admis dans un pays étranger. En outre, les avantages d'un acte notarié peuvent être relativisés.

L'admission de l'acte de reconnaissance de dette dans les pays étrangers

Dans l'Union européenne

Au premier abord, l'utilisation de la forme authentique peut s'avérer très avantageuse par rapport aux actes sous seing privé. Les actes authentiques (notamment notariés) bénéficient de la force exécutoire en droit français. En outre, ils peuvent facilement circuler et être exécutés au sein de l'Union européenne, grâce à la procédure simplifiée du Règlement Bruxelles Ibis[31] et au titre exécutoire européen[32].

Hors de l'Union européenne

En dehors de l'espace judiciaire européen, le destin de l'acte dressé par un notaire européen est incertain. En effet, si un acte sous seing privé est un écrit pouvant être présenté devant toutes les autorités et tribunaux du

[16] Arrêt de la Chambre des affaires économiques de la Cour Suprême de la Fédération de Russie n° 305-ЭС16-13148(2) du 27 juillet 2017
[17] R. Khodykin, « L'article 162(1) du Code civil russe à travers le regard du juge anglais : les suites de l'affaire Berezovsky v Abramovich », Zakon, mai 2014, No. 5, pp. 114-121
[18] Para. 23 de la Résolution du Plénum (Assemblée plénière) de la Cour Suprême de la Fédération de Russie n° 24 du 9 juillet 2019 « De l'application des règles du droit international privé par les tribunaux de la Fédération de Russie »
[19] J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari et al. (éds.), Encyclopedia of Private International Law, Vol. 1, E. Elgar Publishing, 2017, p. 787
[20] A. Bucher (éd.), Commentaire Romand : Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) / Convention de Lugano (CL), Bâle, 2011, Art. 124, no. 3, pp. 1069-1070. – B. Dutoit, Droit international privé suisse : Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, Bâle, 5e éd, 2016, Art. 124, no. 7, p. 562
[21] Bernkrant v. Fowler, 55 Cal. 2d 588, 360 P.2d 906, 12 Cal. Rptr. 266, 1961 Cal. LEXIS 239 (Cal. 1961)
[22] Muccilli v. Huff's Boys' Store Inc., 12 Ariz. App. 584, 473 P. 2d 786 (1970)
[23] Muccilli v. Huff's Boys' Store Inc. (traduction libre): « Nous sommes d'accord avec l'énoncé de principe du professeur Corbin que "les Statutes of Fraud, peu importe leur formulation, doivent être considérés comme droit substantiel" » (nous soulignons)
[24] V., pour une analyse plus détaillée, L.A. Collins (éd.), Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, Sweet & Maxwell, 15 éd., pp. 215-216
[25] A. Bucher (éd.), loc. cit
[26] CJCE, 17 juin 1992, Jacob Handte, aff. C-26/91 ; CJCE, 5 févr. 2004, Frahuil, Aff. C-265/02
[27] V. Heuzé, « La notion de contrat en droit international privé », Travaux du Comité français de droit international privé, 13e année, 1995-1998, Paris, 2000, pp. 322-323. – V., par. ex., pour une promesse unilatérale d'attribution de prix, CJCE, 20 janvier 2005, Petra Engler, Aff. C-27/02
[28] Par ex. : Règlement Rome I, art. 3 ; C. civ. russe, art. 1210 ; LDIP suisse, art. 116 ; loi japonaise, art. 7 ; loi sud-coréenne, art. 9 ; Loi introductive du C. civ. algérien, art. 18 ; Titre introductif du C. civ. égyptien, Art. 19 ; Code du DIP Tunisien, Art. 62 ; C. civ. de Louisiane, art. 3540 ; Revised Statutes Oregon, para. 15.350
[29] Par ex., l'article 1376 du Code civil (anc. art. 1326) n'a pas été reconnu comme tel par la Cour de cassation ; Cass. 1ère civ. 1re septembre 2015, n°14-10.373
[30] L.J. Silberman, « Lessons for the USA from the Hague Principles », Uniform Law Review, Vol. 22, No. 2, June 2017, pp. 426-430
[31] La procédure pour les actes authentiques est prévue par le Règlement Bruxelles Ibis, art. 58 et suiv
[32] Le titre exécutoire européen est prévu par le Règlement n° 805/2004 du 21 avril 2004

monde entier (sous la réserve éventuelle de sa traduction), l'acte notarié est, au sens du droit international, assimilé à un acte public.
Par conséquent, la reconnaissance d'un acte notarié dans un pays non européen nécessite soit de suivre la procédure de légalisation, soit d'apposer une apostille sur l'acte. La procédure d'apostille est relativement simple, car il suffit de la demander à l'autorité compétente du pays dont est issu l'acte[33]. Néanmoins, la procédure d'apostille n'est possible que si le pays est signataire de la Convention de la Haye du 5 octobre 1961. Or, il y a un nombre important de pays non-signataires (comme le Canada, la Chine, les Émirats arabes unis, l'Algérie). Dans ce cas, il faut utiliser la procédure de la légalisation qui est lourde et payante. Elle consiste en au moins deux étapes. D'abord, l'acte doit être légalisé par l'autorité du pays émetteur[34], puis l'acte est « surlégalisé » au consulat du pays destinataire.

Toutefois, il convient de noter que les actes notariés français peuvent être déclarés exécutoires s'il existe une convention internationale le prévoyant, ce qui est par exemple le cas avec le Maroc[36] et l'Algérie[37]. En revanche, il n'existe pas de telles conventions avec de nombreux pays, comme les pays de *Common Law*[38] et certains pays d'Europe de l'Est. Par exemple, si la Russie a de telles conventions avec la Pologne et l'Italie, elle n'en a pas avec la France. La Convention russo-italienne (art. 26) n'indique pas expressément qu'il faille un acte émanant du notaire italien, mais il est fort probable que la convention soit interprétée dans ce sens puisqu'elle ne s'applique qu'aux actes notariés et non pas aux titres exécutoires européens ou aux actes notariés français rendus exécutoires en Italie.

Somme toute, les parties envisageant d'utiliser un acte notarié dans un pays hors de l'Union européenne doivent prendre garde à ne pas effectuer des démarches lourdes (comme la légalisation) afin d'obtenir un acte ayant la même valeur qu'un acte sous seing privé aux yeux des autorités du pays d'accueil. Pour opérer un choix avisé entre l'acte notarié et l'acte sous seing privé, il convient alors d'en comparer les avantages et les inconvénients.

Les avantages incertains de l'acte notarié

D'une part, il existe des pays ne connaissant pas de notaires au sens français[39]. Il s'agit principalement des pays de la *Common Law* (comme les Etats-Unis et l'Australie), mais aussi d'autres pays, comme les Émirats arabes unis. Dans ces pays, il existe un *notary public* dont les fonctions sont beaucoup plus limitées que le notaire français. En effet, dans ces pays, un acte notarié n'a aucune force probatoire ou exécutoire particulière et nécessite une décision de justice pour être exécuté. Par conséquent, il semble plus pratique que la reconnaissance de dette se fasse sous la forme d'un acte sous seing privé.
Dans les pays où il existe un notaire ayant des fonctions équivalentes au notaire français, l'acte notarié pourrait procurer des avantages particuliers à son titulaire. Par exemple, il existe dans la plupart des pays une procédure spéciale permettant d'obtenir le paiement par voie extrajudiciaire, ce qui facilite l'exécution de l'acte notarié[40]. Par ailleurs, la force probante de l'acte notarié est particulièrement forte dans plusieurs de ces pays, car il existe des procédures spécifiques et lourdes pour le remettre en cause[41].

Toutefois, les avantages de l'acte notarié peuvent parfois être relativisés. Par exemple, en Suisse, comme en Allemagne, l'acte authentique ne crée qu'une simple présomption de véracité des faits qui y sont constatés et leur remise en cause n'est soumise à aucune procédure particulière[42].
De surcroît, les avantages de l'acte sous seing privé peuvent parfois être proches de ceux de l'acte notarié, en pratique. Par exemple, en Suisse, il est possible d'avoir recours à un recouvrement extrajudiciaire des dettes[43]. En France, le président du Tribunal d'instance peut rendre une ordonnance portant injonction de payer. L'injonction judiciaire russe est aussi une hypothèse proche, même si cette dernière n'est pas efficace[44].
Enfin, il n'est pas sûr que les avantages accordés aux actes authentiques nationaux puissent s'étendre aux actes authentiques étrangers. Par exemple, les doctrines française[45] et allemande[46] se montrent généralement favorables à l'admission de l'équivalence d'un acte authentique étranger à un acte français (notamment pour ce qui est de leur force probante). En revanche, la Russie illustre la solution inverse puisqu'il est fort probable que le juge russe adopte une approche formelle en considérant que le « notaire » visé par la loi russe est nécessairement un notaire russe[47].

En conclusion, l'acte notarié peut présenter des avantages considérables, notamment dans les pays de l'Union européenne, mais ses effets sont moins certains ailleurs. Il convient d'effectuer une analyse « coûts-avantages » complexe avant de procéder à la conclusion d'une reconnaissance de dette, selon qu'elle est un acte notarié ou sous seing privé et selon son pays de constitution, tout en prenant soin de déterminer à l'avance les pays où cet acte a vocation à circuler.

[33] En France, les services d'apostille des cours d'appel sont compétents pour l'apostille.
[34] En France, le ministère des Affaires étrangères est compétent pour la légalisation.
[35] Même si, au contraire, une partie de la doctrine suisse soutient que n'importe quel acte authentique étranger peut obtenir l'exequatur ou y être immédiatement reconnu. A. Bucher (éd.), op. cit., Art. 25, nos. 13-14, pp. 328-329. – B. Dutoit, op. cit., Art. 25, n° 7, p. 157.
[36] Convention d'aide mutuelle judiciaire, d'exequatur des jugements et d'extradition entre la France et le Maroc du 5 octobre 1957, art. 23.
[37] Convention entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et la République française relative à l'exequatur et à l'extradition du 27 août 1964, art. 8.
[38] Les pays de Common Law ne connaissent pas le concept des actes authentiques.
[39] Le modèle français relève du modèle de notariat latin.
[40] En France, il suffit de la copie de l'acte notarié revêtue de la formule exécutoire ; en Russie, il suffit de la copie de l'acte notarié avec une « inscription » exécutoire en Russie ; en Suisse, il suffit de demander la mention de cause sur l'acte authentique qu'il revête la force exécutoire. V. FORTI, Rép. Civ. Dalloz, « Exécution forcée en nature », n° 100 ; Loi sur la procédure d'exécution, art. 12, et C. civ. russe, art. 89 s. ; LDIP suisse, art. 80, et CPC suisse, art. 347.
[41] La procédure d'inscription de faux est particulièrement lourde et elle existe en France, en Belgique et en Italie ; O. Giacomo, « L'administration judiciaire de la preuve dans le procès civil italien », Revue internationale de droit comparé, Vol. 50, n° 3, Juillet-Septembre 1998, p. 788. En Russie, les art. 61(5) GPK (code de procédure civile) et 69(5) CPA (code de procédure applicable dans les tribunaux commerciaux) exigent soit de prouver la contrefaçon, soit de contester l'acte notarié dans le cadre d'une procédure gracieuse.
[42] C. civ. suisse, art. 9 ; Notaries of Europe, « Authentic acts in Germany », disponible sur : https://www.authentic-acts.eu/en/questions-germany/#general-de-en
[43] LP suisse, art. 83 : le recouvrement extrajudiciaire est permis si dans les vingt jours suivant la notification du débiteur par un huissier, le débiteur n'a intenté aucune action en libération de dette.
[44] En Russie, il suffit d'une opposition non motivée dans un délai de 7 jours suivant la notification pour que l'injonction soit annulée.
[45] P. Callé, L'acte public en droit international privé, Economica, 2004, nos. 574, 575, 618, 632, 686.
[46] R. Geimer, « The Circulation of Notarial Acts and Their Effect in Law », pp. 41-48, disponible sur : https://www.bnotk.de/_downloads/UINL_Kongress/Athen/GEIMER_ENGLISH.pdf
[47] I.G. Medevedev, La preuve littéraire en droit privé russe et français, Saint-Pétersbourg, Yuridichesky Center Press, 2004, no. 351, 353, 356

RECONNAISSANCE DE DETTE
MODE D'EMPLOI

EMILIE FINOT

CHARLOTTE BOINOT-MALON

LAETITIA MOLINA

TOUTE LA QUESTION RÉSIDE NOTAMMENT DANS LE FAIT DE SAVOIR COMMENT UN CRÉANCIER PEUT VOIR SES DROITS GARANTIS PAR UN TEL ACTE, LUI ASSURANT LE RECOUVREMENT EFFECTIF DE SA CRÉANCE MALGRÉ LA PRÉSENCE DE PLUSIEURS ÉLÉMENTS D'EXTRANÉITÉ.

A l'heure de la mondialisation des échanges, qu'ils soient entre particuliers ou professionnels, la problématique de la reconnaissance de dette dans un contexte international est on ne peut plus actuelle.
En effet, si la reconnaissance de dette ne pose aucune difficulté en droit interne, en ce que la loi française sera appliquée devant nos tribunaux, le contexte international peut néanmoins compliquer la situation.

Supposons que...

Marco, italien, résidant en Allemagne, doive 30 000 € à Lola, française et résidant en France.
Comment Lola va-t-elle pouvoir obtenir le remboursement de sa créance de 30 000 € ? En d'autres termes, comment la reconnaissance de dette doit-elle être rédigée et sous quelle forme eu égard à la différence de nationalité et de lieu de résidence des cocontractants ?

Si la reconnaissance de dette dans un contexte international n'a pas encore connu de réel essor, c'est que le mode d'emploi assurant la sécurisation de l'acte et son effectivité reste trop peu connu et maîtrisé.

I

LES PARTICULARITÉS D'UNE RECONNAISSANCE DE DETTE DANS UN CONTEXTE INTERNATIONAL

Dans un cadre international, l'efficacité de la reconnaissance de dette diffère selon la nature de l'acte dans lequel elle est réalisée : bien qu'elle soit plus importante lorsqu'elle est notariée, l'acte sous seing privé permet de garantir la circulation et l'effectivité de l'acte.

L'EFFICACITÉ RELATIVE DE LA RECONNAISSANCE DE DETTE PAR ACTE SOUS SEING PRIVÉ

Si on reprend l'exemple ci-contre, le débiteur a fait une reconnaissance de dette sous seing privé de 30 000€.

Comment s'assurer que cet acte est valide tant sur la forme que sur le fond ?
Puisqu'il s'agit d'un contexte international, la première interrogation porte sur le droit international privé et notamment sur **la loi applicable à l'acte de reconnaissance de dette**, qui va régir sa forme, son interprétation, ses effets, son exécution ainsi que les différents recours en nullité.

IL CONVIENT DE FAIRE APPLICATION DU RÈGLEMENT EUROPÉEN ROME I, QUI DÉTERMINE LA LOI APPLICABLE AUX OBLIGATIONS CONTRACTUELLES[1] À DÉFAUT DE CHOIX DE LOI PAR LES PARTIES ET PLUS PARTICULIÈREMENT DE L'ARTICLE 4§2 QUI DISPOSE QU'IL S'AGIT DE « LA LOI DU PAYS DANS LEQUEL LA PARTIE QUI DOIT FOURNIR LA PRESTATION CARACTÉRISTIQUE A SA RÉSIDENCE HABITUELLE ».

En clair, c'est la loi de la résidence habituelle du débiteur. Dans notre cas, c'est donc la loi allemande qui s'appliquera à la reconnaissance de dette, pour la forme et pour le fond. Ainsi, pour la créancière, il pourra être nécessaire de recourir à un juriste expert en droit allemand afin de vérifier la validité de l'acte.
Une fois déterminée la loi applicable, il y a lieu de vérifier les conditions de validité et de preuve au regard de la loi matérielle désignée.

Comment recouvrer sa créance ?

La créancière peut-elle saisir le juge français et si oui, quel tribunal ?
Une fois de plus, il importe de résoudre le conflit de juridiction afin de déterminer la juridiction compétente pour solutionner le litige.

A cet égard, c'est le **Règlement Bruxelles I bis**[6] qui s'applique en ce qu'il concerne la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Plus particulièrement, **l'article 4** pose le principe général que l'on connait également en droit interne qui est que le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur.

Toutefois, **c'est l'article 7§1** qui nous intéresse en ce qu'il s'applique à la matière contractuelle. Il dispose que si on ne peut pas déterminer le lieu d'exécution de l'obligation, « *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.* » .

QUID EN DROIT FRANÇAIS ?

Pour être prouvée en droit français, la reconnaissance de dette doit être formalisée par un écrit[2], signé par le débiteur et notamment contenir la mention du montant dû en toutes lettres et en chiffres lorsque l'acte est sous seing privé[3]. Cette mention est primordiale en ce que l'acte ne peut faire preuve que s'il la comporte. Autrement, il ne s'agira que d'un commencement de preuve par écrit[4].

L'acte authentique ne connaît pas cette exigence de mention manuscrite eu égard à la force probante d'un tel acte, rédigé par un notaire, officier public[5].

En d'autres termes, si la créancière souhaite attraire son débiteur en justice, elle doit saisir le tribunal **du domicile du débiteur**. En l'occurrence, il s'agira du tribunal allemand.

La difficulté majeure lorsqu'il s'agit d'une reconnaissance de dette sous seing privé, est que la décision du tribunal, dans un cadre international, devra faire l'objet **d'une procédure *d'exequatur*** afin de le rendre exécutoire pour les deux parties et ainsi permettre à la créancière de recouvrer effectivement sa créance auprès d'un débiteur domicilié à l'étranger.

Il peut donc s'agir d'une procédure longue et coûteuse pour parfois des montants peu élevés ; c'est pourquoi il est préconisé de privilégier de formaliser la reconnaissance de dette dans un acte authentique.

LA SÉCURITÉ JURIDIQUE RENFORCÉE EN CAS DE RECONNAISSANCE DE DETTE NOTARIÉE

En pratique, la loi applicable à la reconnaissance de dette notariée sera la même que lorsque l'acte est sous seing privé. A défaut de choix de loi, c'est la loi de la résidence habituelle du défendeur qui sera applicable.

Il en va de même pour la règle de conflit de juridiction, en ce que le tribunal compétent sera celui du domicile du débiteur.

Là où la différence quant à la nature de l'acte est importante, c'est en matière de procédure de recouvrement de la créance par le créancier.

En effet, le créancier, lorsqu'il détient un acte authentique, peut désormais se prévaloir du **Règlement titre exécutoire européen**[10]. Nul besoin de saisir un tribunal pour trancher le litige, il suffit au créancier (ou au débiteur !) d'effectuer la procédure de certification en introduisant une demande auprès de l'autorité ayant établi l'acte authentique (formulaire annexe III).

[1] Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008
[2] C. civ. art. 1364
[3] C. civ. art. 1376 nouveau ; C. civ., art. 1325 ancien
[4] C. civ. art. 1359 et 1362 nouveaux ; C. civ. art. 1341 et 1347 anciens
[5] C. civ. art. 1371 ; C. civ. art. 1319 ancien
[6] Règlement Bruxelles I bis n° 1215/2012 du 12 décembre 2012
[7] Règlement Bruxelles I bis, art. 7§1 a)
[8] Règlement Rome I, art. 3
[9] Règlement Bruxelles I bis, art. 25 – tout en respectant les règles spéciales pouvant empêcher l'élection de juridiction.
[10] Règlement n° 805/2004 du 21 avril 2004, portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées

FOCUS

LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DEMEURE LE PRINCIPE

Les règles précédemment développées ne s'appliquent qu'à défaut de choix effectué par les cocontractants. Dès lors, ils peuvent convenir ensemble d'un choix de loi applicable à la reconnaissance de dette et ajouter une convention attributive de compétence , leur permettant ainsi d'élire les tribunaux compétents pour leur litige.

Une telle élection de compétence permet aux cocontractants d'anticiper les difficultés qui peuvent naître lors d'un litige.

A TITRE LIMINAIRE : SE PRÉMUNIR D'UNE REQUALIFICATION EN DONATION DÉGUISÉE

Un prêt familial peut dissimuler une véritable donation, c'est pourquoi une requalification du prêt en donation indirecte peut être effectuée par l'administration fiscale ou auprès des juges par toute personne ayant un intérêt.

Pour être caractérisée, la libéralité doit réunir un élément matériel et un élément moral[12]. Si tel est le cas, les droits de mutation à titre gratuit sont calculés selon le montant de la donation.

Concrètement, cela assure un **recouvrement plus effectif de la créance** en ce que le créancier peut, lorsque l'acte sera certifié exécutoire, demander l'exécution de la reconnaissance de dette aux autorités chargées de l'exécution dans l'Etat membre.

Le gain de temps et d'argent est alors considérable : la reconnaissance de dette doit donc être notariée et certifiée en tant que titre exécutoire afin d'assurer une **sécurité juridique renforcée** et de permettre l'effectivité de l'acte.

Se ménager la preuve de sa créance est une chose, éviter la prescription en est une autre...

Tout ce qui vient d'être développé a un sens si la créance n'est pas prescrite. En effet, il faut toujours garder à l'esprit que dans ce cas la **prescription est quinquennale**[11]. Ainsi, il importe de s'assurer du paiement et du recouvrement dans ce délai afin d'éviter toute fin de non-recevoir...

II

LES CONSÉQUENCES D'UNE RECONNAISSANCE DE DETTE INTERNATIONALE DANS LE CADRE FAMILIAL

Les reconnaissances de dette dans le cadre familial sont les situations les plus courantes de notre pratique notariale : le sort de ces dernières diffère selon qu'elles sont, tout comme la succession, soumises à la loi française et que deux lois différentes tendent à s'appliquer.

LE SORT DE LA RECONNAISSANCE DE DETTE DURANT LE RÈGLEMENT DE LA SUCCESSION DE DROIT FRANÇAIS

S'agissant d'une reconnaissance de dette, la succession peut concerner le créancier ou le débiteur.

Le règlement de la succession du créancier

Lorsque le créancier décède, la première question qui se pose est celle de la loi applicable au règlement de la succession.

L'hypothèse est alors celle d'une personne qui décède dans un Etat qui n'est ni celui de sa résidence habituelle ni celui de sa nationalité ou d'un défunt qui laisse des biens mobiliers ou immobiliers dans un Etat différent de celui de sa résidence habituelle ou de sa nationalité.

Le Règlement européen n° 650/2012 du 4 juillet 2012 régit les règles de droit international privé au sein de l'Union européenne et prévoit la loi applicable à la succession[13]: à défaut de choix exprimé par le défunt, la loi applicable à la succession sera celle de l'Etat de la **résidence habituelle du défunt** au jour de son décès.

Toutefois, il est possible d'exercer la *professio juris* dans un testament, c'est-à-dire de choisir expressément une loi applicable. En effet, les articles 22 et 23 disposent que le testateur peut désigner comme loi applicable à sa succession **la loi de sa nationalité**.

Il convient de préciser que la reconnaissance de dette fait partie de l'actif successoral puisqu'il s'agit d'une créance et donc d'un droit existant lors du décès du créancier.

Ainsi, la question du **rapport de dette à la succession**, soit le sort de la créance du défunt lors du partage, se pose indubitablement. En droit

[11] C. civ. art. 2224
[12] C. civ. art. 893 et suivants
[13] Ce règlement n'est pas applicable au Royaume-Uni, au Danemark et en Irlande
[14] Civ. 1ère, 11 mars 2009, n°07-16.087
[15] Cass. 1ère civ. 11 mars 2009, n° 07-16.087

français l'article 864 du Code civil dispose à cet égard que l'héritier débiteur du défunt sera alloti de la créance dans le cadre des opérations de partage. Il reste donc tenu au paiement de la dette.

Le règlement de la succession du débiteur

Le décès du débiteur n'éteint pas la créance, c'est pourquoi le créancier demeure bien-fondé à réclamer le paiement de la dette aux héritiers.

La dette laissée par le défunt sera inscrite au passif de la déclaration de la succession.

Il importe de mentionner que la convention qui admet que la dette sera payable au décès de l'héritier débiteur ne constitue pas un pacte sur succession future[14]. Ainsi, lorsque la reconnaissance de dette est régie par le droit français, **le décès du débiteur n'implique en rien l'extinction de la dette**. Les héritiers restent tenus de son paiement.

Si le sort de la reconnaissance de dette semble limpide dans le cadre d'une succession elle-même régie par le droit français, il en va autrement lorsque la loi applicable à la succession et la loi applicable à la reconnaissance de dette ne coïncident pas.

L'IMPORTANCE DE LA COÏNCIDENCE ENTRE LA LOI APPLICABLE À LA SUCCESSION ET LA LOI APPLICABLE À LA RECONNAISSANCE DE DETTE

En quoi la coïncidence des lois est-elle nécessaire ?

Lorsque la loi applicable à la reconnaissance de dette n'est pas la loi française, ou inversement, cela signifie qu'**il n'y a pas d'unité dans les lois applicables.**

Cela pose donc des difficultés dans la liquidation de la succession et dans le devenir même de la reconnaissance de dette selon le droit applicable à la succession.

AINSI, DANS LE CADRE FAMILIAL, LA QUESTION DE L'AVENIR DE LA RECONNAISSANCE DE DETTE DANS UN CONTEXTE INTERNATIONAL EST TRÈS INTÉRESSANTE ET AFIN D'ÉVITER LES DIFFICULTÉS, IL CONVIENT D'HARMONISER LES LOIS APPLICABLES POUR ASSURER UNE HOMOGÉNÉITÉ, TANT POUR LE CRÉANCIER QUE POUR LE DÉBITEUR.

En effet, tous les systèmes juridiques ne reconnaissent pas le système du rapport de dette, ni le principe de continuation du défunt comme c'est le cas dans notre droit interne.

La reconnaissance de dette dans un contexte international n'est pas (encore !) beaucoup utilisée mais il est clair qu'il est tout à fait possible de garantir sa créance en dépit d'éléments d'extranéité.

En réalité, le contexte international ne doit jamais être un frein : même transfrontalière, la reconnaissance de dette peut être valide et efficace, il suffit d'être bien avisé afin de sécuriser autant que faire se peut le rapport d'obligation et de se munir d'un titre exécutoire.

FOCUS

LE CAS DU DROIT MAROCAIN

Le droit marocain est un système de droit totalement éloigné du nôtre. En droit des successions notamment, l'héritier n'est pas la continuation du défunt. Les dettes sont donc **intransmissibles**.

Dès lors, lorsque le débiteur d'une reconnaissance de dette décède, sa dette ne se transmet pas à ses héritiers. Cela signifie donc que le créancier du défunt doit espérer que l'actif successoral suffise à rembourser sa dette car il **n'aura aucun recours contre les héritiers**[15].

En ce sens, le prêt familial doit être sérieusement pensé lorsqu'il est effectué et notamment quant au choix de loi applicable à la reconnaissance de dette et à la succession, afin, d'une part, de parer aux risques qu'un droit étranger peut comporter et, d'autre part, de sécuriser au mieux sa créance.

PARTIE III

IN
À L'É

VESTIR
TRANGER

L'ACQUISITION D'UN BIEN IMMOBILIER PAR UNE SOCIÉTÉ DANS UN CONTEXTE INTERNATIONAL

OLIVIER GIACOMINI

ALEXANDRA ROSENTHAL

EVGENIA ZAKHAROV

MELINDA BENHAÏEM

Aujourd'hui, le développement des transports et des moyens de communication facilite la mobilité des personnes et des investissements si bien que les notaires accompagnent de plus en plus leurs clients résidents fiscaux français dans leurs investissements immobiliers à l'étranger et les non-résidents dans leurs investissements immobiliers en France.

Quelles modalités d'acquisition privilégier dans un contexte international ? En direct ? Via une société ? Si l'acquisition d'un bien immobilier de rendement via une société civile (nous viserons seulement le cas de la location nue) est bien connue dans un contexte franco-français, qu'en est-il dans un contexte international ? Nous tenterons de répondre à cette question en mettant l'accent sur quelques points de vigilance, sans nous attarder sur ceux des points fiscaux et des règles légales (contrat de vente et de société) qui restent inchangées par rapport à un contexte franco-français.

I

L'ACQUISITION D'UN BIEN IMMOBILIER SITUÉ EN FRANCE

ACQUISITION PAR DES NON-RÉSIDENTS VIA UNE SOCIÉTÉ CIVILE

Contrôle des flux financiers...

Suivant l'article R. 152-3 du Code monétaire et financier, *« L'acquisition ou la cession de biens immobiliers à l'étranger par des résidents et en France par des non-résidents »* doit faire l'objet d'une déclaration statistique à la Banque de France dans les vingt jours ouvrés suivant la réalisation de l'opération, lorsque son montant dépasse 15 millions d'euros. Le défaut de déclaration est sanctionné lourdement (peine d'emprisonnement de 5 ans et amende égale au montant ou maximum au double du montant sur lequel porte l'infraction).

Pour l'application de cette réglementation, le critère servant à qualifier la personne physique ou morale de résidente en France est le principal centre d'intérêt. Le critère est donc différent des critères de détermination de la résidence fiscale.

Concernant l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, cinq directives européennes ont mis en place un dispositif de prévention élargi :
- Le notaire a d'abord une double obligation de vigilance : il vérifiera l'identité des parties, la justification des pouvoirs de tout mandataire, l'identification du bénéficiaire effectif de l'opération et l'origine des fonds ;
- Le notaire a ensuite l'obligation d'établir une déclaration de soupçon s'il existe des doutes quant à l'origine des fonds investis ou quant à la personne bénéficiaire de l'opération immobilière.

... et vigilance fiscale

Imposition de l'acte

Au moment de l'acquisition, la fiscalité de l'acte d'acquisition par la société acquéreur se matérialise par le versement de droits d'enregistrement soumis à un principe de territorialité. Ils sont donc dus dès qu'il y a transfert de propriété d'un immeuble situé en France, quel que soit le lieu où l'acte a été conclu, ou quel que soit l'Etat de résidence fiscale des associés de la société.

Ces droits sont exigibles lors de la signature de l'acte de vente et fluctuent entre 5,09% et 5,8% selon le département de situation du bien.

Imposition des revenus

Lorsque la SCI n'opte par pour son assujettissement à l'impôt sur les sociétés (cas le plus fréquent), les revenus fonciers tirés de la location d'habitation nue, sont imposés directement auprès de ses associés.

Les revenus de biens immobiliers situés en France sont imposables en France auprès des associés, quelle que soit la résidence fiscale de ces derniers (en France ou hors de France). **Ces associés sont alors exposés à un risque de double-imposition : imposition en France d'une part, et une éventuelle imposition de ces revenus dans leur Etat de résidence, si la loi fiscale interne de cet Etat le prévoit, d'autre part.**

Ces questions de double-imposition sont réglées par les conventions fiscales conclues par la France avec les Etats concernés.
La plupart de ces conventions attribuent à l'État de situation de l'immeuble, le droit d'imposer les revenus immobiliers[1]. Mais deux situations peuvent se présenter :
- ou bien le droit d'imposer est attribué de manière exclusive à un Etat, et l'autre Etat n'a donc pas le droit d'imposer ;
- ou bien l'attribution n'est pas exclusive et il est alors possible que les deux Etats (l'Etat de la situation de l'immeuble et l'Etat de résidence de l'associé) soient en droit d'imposer concurremment en vertu de leur droit interne respectif. Dans ce dernier cas, la double imposition est éliminée selon la méthode de l'exonération, ou de l'imputation.

Du côté français, les revenus fonciers français perçus par les associés non-résidents sont imposables :
- au taux minimum de 20% (pour la fraction de revenus inférieurs à 27.519 €), et de 30% (au-delà),
- ou, selon le barème progressif (de 0% à 45%) calculé au taux moyen auquel serait imposé l'ensemble de ces revenus de sources française et étrangère, si cette imposition s'avère inférieure à l'imposition minimum ci-dessus.

Depuis 2012, ces revenus sont également passibles des prélèvements sociaux en France (au taux global actuel de 17,2%).

A la suite d'un contentieux porté devant la Cour de Justice de l'Union Européenne[2], la loi de financement de la sécurité sociale pour 2019 a précisé que les personnes relevant d'un régime de sécurité sociale au sein d'un Etat de l'EEE (c'est-à-dire dans un Etat de l'UE, en Islande, Norvège, Liechtenstein) ou au sein de la Suisse, et qui ne sont pas affiliés à un régime obligatoire de sécurité sociale français, ne sont plus redevables de la CSG et de la CRDS. Mais ces personnes restent redevables d'un « prélèvement de solidarité » de 7,5%.

EN RÉSUMÉ

- Les revenus fonciers restent passibles de prélèvements sociaux au taux global de 17,2% pour les résidents fiscaux d'un Etat hors EEE et Suisse, et pour les résidents fiscaux d'un Etat de l'EEE ou de Suisse mais qui restent affiliés à un régime de sécurité sociale obligatoire français.

- Les revenus fonciers sont passibles d'un « prélèvement de solidarité » au taux de 7,5% pour les résidents fiscaux d'un Etat de l'EEE ou de Suisse et qui ne sont pas affiliés à un régime de sécurité sociale obligatoire français.

[1] Par ex. Convention franco-suisse du 9 septembre 1966 ; Convention franco-britannique du 19 juin 2008
[2] CJUE 26 février 2015, aff. C-623/13, Ministre de l'Économie et des Finances / Gérard de Ruyter

Imposition du patrimoine immobilier

- La taxe de 3%

Les sociétés (quel que soit le lieu de leur siège : en France ou hors de France) qui, directement ou par sociétés ou organismes interposés, possèdent des immeubles en France, sont en principe redevables d'une taxe annuelle de 3% calculée sur la valeur vénale de ces biens.

Mais sont notamment exonérées de cette taxe :

1. Les sociétés qui, chaque année, déposent[3] une déclaration n° 2746-SD, laquelle indique (i) le lieu de situation et la désignation des immeubles (ii) leur valeur au 1er janvier, (iii) et l'identité de tous les associés détenant plus d'1% du capital[4].

2. Ainsi que les sociétés qui, dans les deux mois de l'acquisition des immeubles français, s'engagent à communiquer à l'administration, à première demande de celle-ci, certaines informations concernant les immeubles et les associés détenant plus de 1 % du capital social.

Etant précisé que les SCI exerçant une activité de location nue, sont tenues de déposer chaque année une déclaration n° 2072. Or, selon l'administration, le fait de fournir cette déclaration dispense la société de prendre l'engagement prévu au (2) ci-dessus.

- L'impôt sur la fortune immobilière (IFI)

Les non-résidents fiscaux français sont redevables de l'impôt sur la fortune immobilière (« IFI ») (qui a remplacé l'impôt de solidarité sur la fortune à compter du 1er janvier 2018) à raison de tous leurs biens immobiliers situés en France, mais aussi à raison de leurs participations dans les sociétés (quel que soit le lieu de leur siège) qui détiennent (directement ou indirectement) des immeubles en France.

Dans ce dernier cas, **l'impôt frappe la fraction des titres de la société représentative des immeubles en question**. Si, par exemple, la valeur des immeubles détenus en France par la société représente 40% de la valeur vénale de l'ensemble des actifs de la société, les associés non-résidents fiscaux français seront imposables sur 40% de la valeur de leur participation dans cette société.

Par exception, les participations dans les sociétés détentrices d'immeubles français, représentant moins de 10% des droits de vote et du capital de cette société, ne sont pas imposables à l'IFI, à moins que l'addition des participations de l'associé non-résident et celles de son conjoint, partenaire de PACS ou concubin notoire, ainsi que de ses enfants

mineurs (i.e. : le foyer fiscal « IFI ») aboutisse au contrôle de la société au sens d'une disposition de droit fiscal français[5].

Comme pour l'impôt sur le revenu, les non-résidents fiscaux français sont susceptibles d'être doublement imposés au titre d'un impôt sur la fortune. L'élimination de cette double imposition est alors réglée par les conventions fiscales conclues par la France.

Certaines conventions, comme celles conclues avec l'Autriche, l'Espagne, les Etats-Unis ou le Canada, notamment, assimilent les parts de sociétés dites « à prépondérance immobilière » à des biens immobiliers.

La plupart de ces conventions attribue le droit d'imposer les biens immobiliers aux deux Etats (Etat de situation du bien et Etat de résidence du contribuable), la double imposition étant évitée par un crédit d'impôt.

A l'inverse, certaines conventions, comme celles conclues avec Chypre, le Luxembourg ou les Pays-Bas, par exemple, n'assimilent pas les parts de sociétés à prépondérance immobilière à des biens immobiliers. Dans ce cas, l'imposition est en principe attribuée de manière exclusive à l'Etat de résidence du contribuable.

[3] au plus tard le 15 mai.
[4] Auquel cas, l'exonération de la taxe de 3% est proportionnelle au nombre de parts ou actions pour lesquels l'identité de l'associé est déclarée.
[5] Au sens de l'article 150-0 B ter du code général des impôts.

ACQUISITION EN FRANCE PAR UNE SOCIÉTÉ DE DROIT ÉTRANGER

Pour que la société étrangère effectue un investissement immobilier, celle-ci doit non seulement voir sa personnalité juridique reconnue dans l'État d'investissement, ici la France, mais surtout avoir la capacité juridique de réaliser cet investissement. Or, la personne morale étrangère ne peut, selon le principe de l'assimilation, avoir plus de droits en France que les droits qui lui sont reconnus par sa *Lex societatis* (règles étrangères applicables à la société).

La détermination de la *Lex societatis* va donc permettre au notaire de vérifier que la société a été valablement constituée à l'étranger (et qu'elle est donc reconnue en France), qu'elle a la capacité de contracter et que son mandataire social a les pouvoirs pour l'engager dans l'opération. Pour mémoire, la *Lex societatis* est celle du lieu du siège statutaire de la société sauf à prouver l'existence d'un siège réel où est établie la direction effective.

En pratique, **le notaire français va le plus souvent demander un certificat de coutume** (ou *legal opinion*) **à son homologue étranger** (ou juriste local spécialisé en droit des sociétés) afin de vérifier que la société existe valablement selon les règles du droit local, que rien ne s'oppose à ce qu'elle se porte acquéreur de biens immobiliers, et que son représentant est en mesure d'engager la société. En plus de ce certificat, le notaire, qui conserve sa responsabilité, se procurera l'extrait d'immatriculation, les statuts de la société et la délibération (le cas échéant traduits et apostillés).

Concernant les règles de contrôle des investissements réalisés par une société étrangère, elles sont sensiblement les mêmes qu'en cas d'acquisition par une société française avec des associés non-résidents (cf. *supra*).

II

L'ACQUISITION D'UN BIEN IMMOBILIER SITUÉ À L'ÉTRANGER

De plus en plus de résidents français font le choix d'acquérir un bien immobilier à l'étranger. Ils souhaitent parfois diversifier leurs investissements ou plus simplement acquérir une résidence secondaire de standing à des prix plus abordables qu'en France. Or, si la société civile est bien connue dans un contexte exclusivement français, qu'en est-il à l'international ?

ACQUISITION PAR DES NON-RÉSIDENTS VIA UNE SOCIÉTÉ CIVILE FRANÇAISE

La société civile française s'exporte-t-elle facilement à l'étranger ?

En principe, les sociétés constituées régulièrement dans un État membre de l'Union européenne font l'objet d'une reconnaissance de plein droit dans les différents États membres (liberté d'établissement). Pour les autres États, la reconnaissance des sociétés dépendra de leurs dispositions nationales. Le professionnel instrumentant la vente réalisera, comme le notaire français, des vérifications spécifiques plus ou moins larges concernant la constitution régulière de la société française, sa capacité et les pouvoirs de ses représentants. Un certificat de coutume (ou *legal opinion*) sera la plupart du temps demandé mais cela n'est pas systématiquement le cas, comme en Russie, où la conformité de la représentation de la société est vérifiée par le biais de ses statuts traduits et apostillés.

Les restrictions à l'acquisition dans certains pays

Parfois, alors même que la société serait reconnue dans le pays d'investissement, il conviendra de vérifier que ce pays n'impose pas de restrictions aux acquéreurs non-résidents pour éviter que la société civile immatriculée en France se trouve empêchée de réaliser son objet social à l'étranger.

FOCUS

LES RESTRICTIONS À L'ACQUISITION À L'ÉTRANGER

Afin de réduire le nombre de logements vacants (et ainsi endiguer une crise du logement) ou de canaliser la hausse des prix de l'immobilier, certains pays interdisent aux non-résidents l'achat de biens immobiliers dans leur pays. C'est le cas notamment hors UE de la Nouvelle-Zélande ou dans l'UE du Danemark (sauf autorisation assez difficile à obtenir).

A Hong-Kong, certaines zones sont interdites. Pour les zones autorisées, l'acquéreur étranger devra payer une surtaxe de 15%.

En Suisse, l'acquisition d'immeubles par des étrangers non domiciliés en Suisse est soumise à autorisation et est encadrée puisque seules 1500 résidences secondaires peuvent être acquises par des étrangers au cours d'une année et que ces logements doivent être situés dans les communes dites à « vocations touristiques ».

Le champ d'application de ces restrictions est souvent large afin d'éviter toute fraude, si bien que **l'interposition d'une société sera inefficace**. Ainsi à Hong-Kong, la surtaxe sera applicable dès lors que le bénéficiaire effectif de la société civile n'est pas résident. En Suisse, la société civile sera qualifiée d'étrangère lorsqu'elle aura été immatriculée à l'étranger ou bien constituée en Suisse mais contrôlée par des étrangers pour plus d'un tiers des parts ou des droits de vote.

La fiscalité applicable

Au niveau fiscal, la translucidité de la société civile est moins gênante en présence d'associés résidents français.

Imposition de l'acte

La fiscalité de l'acquisition n'est pas modifiée en cas d'acquisition d'un bien immobilier étranger via une société civile française (entre 1 et 8% au Portugal, environ 12% en Espagne, entre 16 et 30% à Hong-Kong, proche de 0 en Russie…).

Imposition du patrimoine immobilier

Pour ce qui est de l'impôt sur la fortune immobilière, rappelons qu'y est incluse la valeur nette des parts d'une société civile établie en France appartenant au résident fiscal français, à hauteur de sa fraction représentative des biens immobiliers détenus, quel que soit le lieu de situation de ces actifs, en France ou à l'étranger.

Pour le cas où le pays de situation du bien disposerait d'un impôt similaire applicable aux résidents français, il conviendrait d'appliquer la convention fiscale entre la France et ce pays si elle existe. **En général, les conventions fiscales portant sur l'impôt sur la fortune couvrent également les détentions indirectes de biens immobiliers assimilant ainsi immeuble et parts de société à prépondérance immobilière** (c'est le cas par exemple de la convention fiscale franco-russe). Dans ce cas, le droit de taxer sera attribué au pays de situation des biens immobiliers et l'impôt acquitté à l'étranger sera souvent imputable dans la limite de l'impôt dû en France.

En l'absence de convention fiscale entre les deux pays (par exemple avec l'Australie, la Grèce, la Belgique ou le Brésil) et **en cas de double imposition, il pourra être fait application de l'article 980 du Code général des impôts** qui prévoit que le montant des impôts acquittés hors de France et dont les caractéristiques sont similaires à celles de l'impôt sur la fortune immobilière, est imputable sur l'impôt exigible en France sur les mêmes biens.

Imposition des revenus

Concernant l'imposition des revenus, le droit français impose les revenus tirés de la location d'immeubles situés à l'étrangers par les associés résidents français de parts d'une société civile. Il conviendra donc de déterminer si le pays de situation du bien taxe ces mêmes revenus au titre de sa réglementation interne. Si c'est le cas, la question sera de déterminer la nature de l'impôt étranger. S'il est de même nature que l'impôt français (= translucidité fiscale reconnue), l'article de la convention fiscale relatif aux revenus immobiliers devra être appliqué. S'il n'est pas de même nature (par exemple cas au Royaume-Uni ou en Belgique) et si la convention fiscale n'étend pas l'article de la convention aux revenus immobiliers réalisés par des entreprises, il existera un risque de double imposition. Toutefois, la plupart des conventions comprennent cette extension.

Acquisition par des non-résidents via une société civile française

Pour des raisons de simplification du processus d'acquisition, il sera parfois recommandé de constituer une société à l'étranger.

C'est le cas notamment à Hong-Kong où la forme la plus courante est la *Private Company Limited by Shares* (que l'on peut assimiler à la SARL française). Sa constitution est relativement simple, rapide et peu coûteuse. Le bénéfice annuel éventuel sera taxé à l'impôt sur les sociétés à Hong Kong (taux de 16,5% au-delà de 2 millions de HKD ou 8,25% en dessous de ce seuil), en application de l'article 6 de la convention fiscal Hong-Kong /France. En cas de distribution de dividendes, aucune retenue à la source n'est réalisée à Hong-Kong (ces revenus n'étant pas taxés par nature). Ils seront en revanche imposés en France à la flat tax (30%).

L'ACHAT IMMOBILIER À HONG KONG VIA UNE STRUCTURE SOCIÉTAIRE
AVANTAGES ET CONTRAINTES

NICOLAS MICHAUX
MANAGING DIRECTOR
FIDINAM (HONG-KONG) LIMITED

Si l'aventure de l'investissement sur le marché très dynamique de l'immobilier à Hong Kong est susceptible de vous intéresser, sachez que vous disposez de différentes possibilités quant aux modalités de cette acquisition.
En effet, cette juridiction, contrairement à d'autres pays asiatiques, ne pose aucune restriction particulière quant aux achats immobiliers par des étrangers non-résidents, y compris via une structure sociétaire. De plus, même si les prix immobiliers à Hong Kong sont parmi les plus élevés au monde, et après une décennie de hausse quasi constante, le marché immobilier montre des signes de contraction depuis 2018, avec même quelques baisses du prix moyen dans certaines catégories d'actifs.

I
COMMENT ACQUÉRIR UN BIEN IMMOBILIER À HONG KONG VIA UNE SOCIÉTÉ ?

Tout d'abord, l'investisseur devra bien entendu constituer préalablement une société à Hong Kong.
La forme la plus courante est la *Private Company Limited by Shares* (que l'on peut assimiler à la SARL française). La constitution d'une société à Hong Kong est relativement simple, rapide et peu coûteuse. Elle peut être immatriculée en quatre à cinq jours ouvrés à compter du dépôt du dossier au Registre des Sociétés.

Les caractéristiques d'une société à Hong Kong sont les suivantes :

- Capital social minimum de 1 HK Dollar
- De 1 à 50 associés, résidents ou non
- Au moins un dirigeant personne physique, résident ou non
- Un *Company secretary* (secrétaire juridique) doit être désigné pour s'assurer du respect par la société de ses obligations (juridiques, fiscales, comptables)
- Un auditeur (équivalent du commissaire aux comptes) doit aussi être désigné pour s'assurer de la conformité des comptes annuels à travers un rapport d'audit
- Le siège social doit être à Hong Kong
- Le compte bancaire peut être ouvert à Hong Kong ou à l'étranger
- L'exercice comptable et fiscal est de 12 mois (sauf la première année où il est de 18 mois).

Une fois la société dûment constituée et immatriculée, elle va pouvoir commencer à exercer son activité.
Là encore, un avantage que présente Hong Kong est que l'objet social de la société peut être très large et la société peut donc exercer des activités diverses et variées. Une société à Hong Kong peut donc parfaitement avoir une activité commerciale, tout en exerçant en parallèle des investissements immobiliers.

II

LA PROCÉDURE LIÉE À L'ACHAT IMMOBILIER À HONG KONG

Il est tout d'abord important de noter que quelle que soit la nationalité ou la résidence des parties, seule la loi de Hong Kong est applicable aux opérations d'acquisition immobilière sur ce territoire.
Les trois principaux textes applicables sont la *Conveyancing and property ordinance*, la *new territories ordinance* et *la land registration ordinance*.
Toute opération d'achat d'un bien immobilier doit également être signalée au *Land Registry* (service du cadastre).

Il convient avant tout pour l'acquéreur de mener quelques investigations, de s'assurer que le vendeur est bien le titulaire du droit de propriété, et également que le bien n'est grevé d'aucune restriction à la vente ou nécessite une autorisation préalable. Par exemple, si le bien est un logement social dépendant du *Home ownership scheme*, il y a des restrictions à la cession qui ne sont levées que moyennant paiement d'une indemnité au gouvernement.
Le candidat acquéreur s'assurera également de l'existence éventuelle de prêts grevant le bien, ou de l'existence d'un contrat de bail ou tout autre droit d'occupation ou de servitude.
Enfin, l'acheteur pourra prendre contact auprès du syndic *(building management company)* pour vérifier qu'aucuns travaux lourds ne sont envisagés dans la copropriété, ou que le vendeur ne fait l'objet d'aucun litige avec celle-ci.
La plupart de ces informations peuvent être trouvées par un rapport délivré par le *Land registry*, en consultant notamment le *tittle of deed* (titre de propriété).
L'ensemble de ces investigations préliminaires est en principe diligenté par un agent immobilier si vous décidez de recourir à ses services.
Il y a plus de 40 000 agents immobiliers enregistrés à Hong Kong. Aussi, nous vous recommandons de vérifier que l'agent retenu dispose bien d'une licence, et qu'il ne fait l'objet d'aucune poursuite en accédant au site de l'EAA (*Estate Agents Authority*).

La procédure peut ensuite se poursuivre par la signature d'un accord provisoire entre l'acheteur et le vendeur qui fixe les conditions générales de la transaction (on peut l'assimiler à un compromis de vente simplifié), et notamment l'échéancier de paiement du prix de vente. Ce contrat est en principe établi par une agence immobilière, un avocat, ou directement sous seing privé par les parties.
Il a une valeur contraignante pour les parties qui, dès ce stade, engagent leur responsabilité contractuelle.
Certains acquéreurs souscrivent parfois des assurances pour couvrir le risque de dégradation ou perte du bien (incendie, etc.) pendant cette phase préliminaire, car c'est l'acquéreur qui endosse ce risque.
Un premier dépôt est effectué par l'investisseur. Son montant est défini librement par les parties dans l'accord provisoire, mais en pratique il représente 3 à 5 % de la valeur totale du bien.
En cas de rupture de l'accord provisoire par le vendeur, ce dernier doit en principe dédommager l'acheteur d'un montant équivalent à deux fois le montant du dépôt initial. A l'inverse, si l'acheteur rompt l'accord provisoire, pour un motif non prévu par cet accord, il perd son dépôt initial au profit du vendeur, pour le dédommager de l'immobilisation et de l'indisponibilité du bien pendant cette phase préliminaire.
Bien entendu, pendant cette période, le vendeur s'interdit de contracter avec une autre partie.

Cette étape permet notamment au candidat acheteur de prendre attache auprès de sa banque pour financer partiellement l'opération.
A ce titre, chaque banque applique sa propre politique de financement, notamment à l'égard des prêts souscrits par une société détenue par un non-résident. De manière générale, les banques vont proposer des taux variables non capés, sur des durées assez longues (30 ans), en demandant une hypothèque, la caution personnelle des associés, souvent le nantissement des parts de la société acheteuse, et enfin un apport de 50%.

Une fois les conditions du financement éta-

blies, les parties peuvent procéder à la signature de l'acte formel, après qu'un second acompte aura été versé, représentant entre 5 et 7 % de la valeur du bien. Ce second acompte doit prendre la forme soit d'une traite bancaire, soit d'un chèque émis par le cabinet d'avocat de l'acheteur. Les deux acomptes doivent représenter 10 % de la valeur du bien.

S'agissant de l'accord formel, la pratique locale veut que chaque partie se fasse représenter par un avocat (*Solicitor*) ; plus rarement elles désigneront un seul avocat pour procéder à la rédaction de l'acte.
Ces avocats inscrits nécessairement au barreau de Hong Kong (*law society*) seront alors chargés de négocier les conditions de l'accord formel conformément à l'accord provisoire. Ils ont aussi pour mission de tenir compte des éventuelles circonstances particulières de la transaction immobilière, ou restrictions et autorisations éventuelles à lever.

La signature de l'accord formel se fait au cabinet de l'avocat de l'acheteur, pour permettre notamment de remplir d'autres formalités dans le cadre de l'achat d'une propriété résidentielle, notamment le paiement du timbre fiscal (*Stamp Duty*) (cf. infra), et l'inscription de l'accord au *Land Registry*.

Enfin, avant de finaliser la vente, l'acheteur effectue un état des lieux, après quoi l'avocat de l'acheteur va finaliser les formalités administratives (banque, transmission de documents à l'avocat du vendeur, etc.) avant la date limite indiquée dans l'accord formel. Une fois le paiement du prix de vente effectué, l'avocat du vendeur remet les clés du logement à l'avocat de l'acheteur.

Après une présentation de la procédure d'acquisition – qui est sensiblement la même que l'acquisition soit faite en direct ou via une société, nous allons voir les différentes taxes dont l'investisseur va devoir s'acquitter pour mener à terme son projet.

III

L'IMPOSITION APPLICABLE À LA SOCIÉTÉ EN CAS D'ACQUISITION IMMOBILIÈRE

Tout d'abord, il est important de noter que **tous les terrains présents à Hong Kong appartiennent au gouvernement**. De ce fait, l'investissement immobilier consiste à l'achat du bâtiment mais pas du terrain sur lequel il se trouve. Il s'agit en réalité d'un droit de location (*leasehold*). Le bail peut aller de 75 à 999 ans et, en fonction de sa durée, le prix du bien immobilier peut varier.

LES DROITS DE MUTATION

Comme évoqué précédemment, la première taxe dont l'acheteur devra s'acquitter est le droit de timbre (*Stamp Duty*).

On distingue trois types de *Stamp Duty*, qui sont cumulables. Selon la loi, les deux premières taxes sont dues solidairement par le vendeur et l'acheteur, mais les termes du contrat de vente vont souvent mettre ces droits de timbre à la charge de l'acheteur

- **Ad Valorem Stamp Duty** : ce droit d'enregistrement s'applique en cas de transfert de mutation immobilière et son taux varie selon qu'il s'agit d'un bien résidentiel ou non.
  - Pour les biens résidentiels, il s'agit d'un droit fixe de 15% applicable à la valeur la plus élevée entre le prix d'acquisition et le prix de marché.
  - Pour les biens non-résidentiels, le taux varie de 1,5% si le prix n'excède pas 2 millions de HKD à 8,5% si le prix excède 21 739 130 HKD.
  - A noter que cette taxe n'est pas due si l'acquisition est effectuée à titre personnel par une personne ayant sa résidence permanente à Hong Kong, et ne disposant pas au jour de l'acquisition d'un autre bien immobilier.

- **Special Stamp Duty** : ce droit d'enregistrement s'applique tant dans le cas de l'achat par un particulier ou une société, et dans l'hypothèse d'une revente d'un bien résidentiel dans un délai de 24 mois, si le bien a été acquis entre le 20 novembre 2010 et le 27 octobre 2012, ou dans un délai de 36 mois, si le bien a été acquis après le 27 octobre 2012.

  En cas d'acquisition après le 27 octobre 2012, les taux applicables seront de :
  - 20% si le bien a été détenu moins de 6 mois ;
  - 15% si le bien a été détenu plus de 6 mois mais moins de 12 mois ;
  - 10% si le bien a été détenu plus de 24 mois mais moins de 36 mois;

- **Buyer's Stamp Duty** : ce droit s'applique lors de l'acquisition d'un bien immobilier à Hong Kong par un acquéreur qui n'est pas résident permanent. Ce droit est de 15% applicable sur la valeur la plus élevée entre le prix d'acquisition et le prix de marché. Seul l'acheteur est redevable de cet impôt. Il convient de noter qu'en cas d'acquisition par une société, dès lors que le bénéficiaire effectif de la structure n'est pas résident, il devra s'acquitter de cet impôt.

Ces taxes sont à payer dans un délai de 30 jours à compter de la signature de l'acte formel.
Même si ces droits d'enregistrement sont relativement élevés, il convient de souligner qu'**en achetant un bien via une société, il sera possible pour l'investisseur de revendre les titres de sa société et non le bien directement.**
De la même manière, un acquéreur pourra préférer acquérir les parts d'une société Hong Kongaise détenant un bien immobilier plutôt que le bien lui-même.

Dans ce cas, les droits ci-dessus ne sont plus applicables : le *Stamp Duty* grevant la cession des parts d'une société foncière est le droit de timbre applicable aux cessions de titres, à savoir 0,2% du montant le plus élevé entre le prix de vente et la valeur des titres, à acquitter à parité par le vendeur et l'acquéreur.

L'IMPÔT FONCIER

Par ailleurs, un impôt foncier doit être payé annuellement.

Cet impôt est calculé comme suit :

+ loyers annuels perçus
– intérêts du prêt
– charges locatives
– 20% de déduction forfaitaire
= assiette annuelle

Cette base imposable est soumise à un impôt foncier annuel de 15%.

IMPÔT SUR LES BÉNÉFICES

S'agissant d'une société établie à Hong Kong et disposant de revenus locatifs à Hong Kong, le bénéfice éventuel sera taxé à Hong Kong (article 6 de la convention fiscale signée le 21 octobre 2010 entre la France et Hong Kong). Comme en France, la société peut déduire ses charges, frais d'entretien, imposition, intérêts de crédit, etc. pour parvenir à un résultat fiscal.

En cas de bénéfice, les revenus seront taxables à l'impôt des sociétés au taux de 16,5% au-delà de 2 millions de HKD (ou 8,25% en dessous de ce seuil).

IMPÔT SUR LE REVENU

Une fois l'impôt sur les sociétés acquitté, les associés de la société peuvent décider de se distribuer un dividende prélevé en tout ou partie sur le bénéfice distribuable.
Il n'y a pas de retenue à la source prélevée à Hong Kong sur ces dividendes (ces revenus n'étant pas taxés par nature).
Ils sont en revanche imposés en France selon le régime fiscal français (30% au jour des présentes).

IMPÔT SUR LA PLUS-VALUE

Il n'y a pas de taxation de la plus-value immobilière réalisée par une société de Hong Kong sur un bien détenu sur ce territoire, sauf à prouver l'intention purement spéculative de la société.
Cette intention se détermine en fonction de différents critères, dont le délai de détention et la fréquence des opérations.
Si l'intention spéculative est rapportée par les services fiscaux (IRD), la plus-value sera taxable à l'impôt des sociétés au taux de 16,5% au-delà de 2 millions de HKD (ou 8,25% en dessous de ce seuil).

En conclusion, comme nous avons pu l'exposer, l'acquisition d'un bien immobilier à Hong Kong, via une société, présente plusieurs avantages notables, notamment la réduction significative des droits de mutation et des plus-values. Encore les parties devront-elles se prémunir de quelques garanties de passifs éventuels, mais s'agissant d'un actif purement immobilier, le degré de protection des parties à cet égard est relativement élevé si toutes les procédures de vérifications préalables ont été correctement effectuées pour contrôler que la société foncière est à jour de l'ensemble de ses obligations fiscales et financières.

L'INVESTISSEMENT IMMOBILIER AUX ETATS-UNIS
STRUCTURES ET STRATÉGIES FISCALES

RICHARD ORTOLI
PARTNER ORTOLI
ROSENSTADT LLP

Le but dans la structuration de tout investissement, où qu'il soit, est de minimiser ou d'éliminer l'impact fiscal, les droits de succession et le risque en termes de responsabilité.

Chaque pays a ses particularités en ce qui concerne la structuration d'investissements immobiliers faits par des non-résidents, non-citoyens des États-Unis ; et celles des États-Unis sont différentes de la France.

Il conviendra d'examiner dans cet article les effets des trois facteurs listés ci-dessus par rapport aux différentes options de structuration de l'achat d'un bien immobilier aux États-Unis offertes aux investisseurs étrangers, et particulièrement celles offertes aux investisseurs français.

Il conviendra également d'examiner principalement la détention des biens immobiliers aux États-Unis par des personnes physiques et par les différentes formes de personnes morales américaines. Bien que rien n'empêche juridiquement d'utiliser à ces fins des personnes morales étrangères, la complication en termes de langue et parfois l'incertitude d'équivalence de forme font qu'il vaut mieux éviter l'utilisation de personnes morales étrangères au profit des différentes formes de personnes morales américaines.

Les plus-values réalisées par des investisseurs non américains, non-résidents des États-Unis à la vente de titres de personnes morales aux États-Unis ne sont pas imposables aux États-Unis. Par contre, les plus-values, ainsi que les revenus nets locatifs provenant d'investissements immobiliers aux États-Unis, sont imposables aux États-Unis. Contrairement à ce que l'on pourrait penser d'un pays qui a la réputation d'être le temple du capitalisme, les taux d'imposition aux États-Unis sont assez élevés.

Il y a plusieurs types d'impôts et de taxes sur les biens immobiliers, mais dans cet article, seuls les impôts sur le revenu locatif ou sur les plus-values réalisées lors de la vente de biens immobiliers seront abordés.

I
LES PERSONNES PHYSIQUES

L'IMPACT FISCAL

Pour les personnes physiques étrangères propriétaires de biens immobiliers détenus en nom propre, il y a non seulement un impôt du gouvernement fédéral sur le revenu, mais

dans la plupart des États également un impôt de l'État dans lequel se situe le bien[1], et parfois un impôt du comté ou de la ville dans laquelle se situe le bien[2].

L'impôt sur le revenu locatif

L'impôt fédéral sur le revenu locatif va de 10% à 37%. Les tranches d'impôt varient selon la situation de famille (célibataire, marié, séparé) du contribuable[3]. A ceci s'ajoute l'impôt de l'État dans lequel se situe le bien et si c'est le cas, comme vu précédemment, l'impôt du comté ou de la ville.
Ceci étant, on voit bien comment l'imposition des revenus locatifs immobiliers des personnes physiques peut atteindre un niveau proche de 50%. Par contre, les déductions du revenu imposable, notamment tous les frais, ainsi que l'amortissement des biens immobiliers, sont permises aux États-Unis et font que le niveau effectif d'imposition est beaucoup moins élevé, du moins jusqu'à la vente[4].

Les plus-values

Les plus-values, immobilières ou autres, réalisées sur des biens détenus par des personnes physiques depuis plus d'un an (*long term capital gains*), que ces personnes soient résidentes ou non, sont imposées à un taux qui va de 15% à 20%[5]. Les plus-values réalisées sur des biens détenus depuis moins d'un an (*short term capital gains*) sont imposées aux mêmes taux que pour l'impôt sur le revenu. A ceci est ajoutée une *Medicare surtax* de 3,8% sur les plus-values de plus de $200.000 pour un célibataire et de plus de $250.000 pour un couple marié, réalisées sur des biens détenus depuis plus d'un an (*long term capital gains*).

DROITS DE SUCCESSION ET DE DONATION

En plus des impôts sur le revenu, il faut aussi tenir compte des droits de succession fédéraux (et parfois de l'État[6]) et de donation, qui vont de 34% à 40% au-dessus de $1.000.000[7].
Pour les citoyens et/ou résidents non-américains d'un pays qui n'a pas de convention sur les successions avec les États-Unis, l'abattement est seulement de $60.000 (donc une économie de seulement $13.000 en termes de droits de succession).
Très heureusement entre la France et les États-Unis il existe une convention sur les successions et donations. Cette convention prévoit que des biens immobiliers situés aux États-Unis d'un défunt français non-résident des États-Unis (*U.S. Situs Property)* sont soumis aux droits de succession fédéraux (*estate taxes*). Mais la convention élimine l'exonération générale de $60.000 et la remplace par une formule qui tient compte du montant de la succession aux États-Unis par rapport à la succession dans le monde entier. Dépendant du montant global de la succession, l'application de cette formule peut réduire ou même éliminer le montant des droits de succession payable aux États-Unis sur un bien immobilier aux États-Unis.
En application de la convention, les biens U.S. Situs Property aux États-Unis de la succession d'une personne non-citoyenne des U.S. qui résidait en France sont soumis aux droits de succession fédéraux aux États-Unis, au-delà d'une exonération qui n'est donc plus de $60.000 mais un pourcentage du "montant de l'exonération" (*exemption amount*) accordée aux citoyens américains et aux résidents fiscaux des États-Unis. Le montant de cette exonération est de $11.400.000 par personne en 2019, ce qui signifie qu'elle est de $22.800.000 par couple marié. On ne peut qu'en rêver en France. Cependant, sans autre législation en la matière, cette exonération viendra à expiration en 2025 et retournera au niveau précédent de $5.000.000 par personne, indexée sur l'inflation.
Pour arriver au montant de l'exonération, on doit calculer le pourcentage de la valeur des biens aux États-Unis par rapport à la valeur de l'ensemble des biens dans le monde entier du défunt français.

CONTRAIREMENT À LA FRANCE, LA SUCCESSION AMÉRICAINE D'UN ÉTRANGER NON-RÉSIDENT A DROIT À UNE EXONÉRATION COMPLÈTE POUR LES BIENS U.S. SITUS PROPERTY LÉGUÉS À UN CONJOINT SURVIVANT, MAIS UNIQUEMENT SI LE CONJOINT SURVIVANT EST CITOYEN AMÉRICAIN.

En dehors de la question des droits de succession, le processus de liquidation d'une succession peut être long et compliqué. La transmission de patrimoine aux États-Unis se fait généralement par voie de testament. Une succession qui découle d'un testament est effectuée par un *executor* nommé dans le testament du défunt ou dans les autres cas par un *administrator* qui à son tour est supervisé par un tribunal des successions, la «Probate Court ». Dans l'État de New York, ce tribunal s'appelle la *Surrogate's Court* et il y en a un par comté. Dans la ville de New York, il y en a 5, un par *borough* (arrondissement) de la ville.

LA RESPONSABILITÉ

Pour une personne physique qui détient un bien en nom propre, la responsabilité en cas d'accident, etc. est illimitée. Les États-Unis étant un

pays procédurier, il convient de minimiser ce risque. On peut bien sûr obtenir une assurance, mais dépendant du type d'accident ou de dégât, le montant de la couverture peut se révéler insuffisant.

Côtés positifs
- La détention d'un bien immobilier aux États-Unis en nom propre est certainement la forme la plus simple.
- C'est la forme la plus avantageuse en termes d'imposition sur les plus-values, car le taux maximum de 20% est moins élevé que le taux applicable aux personnes morales (si on ne tient pas compte de la *Medicare surtax).*

Côtés négatifs
- Si jamais la personne physique ayant des biens aux États-Unis décède, sa succession pourrait être assujettie à des taux élevés de droits de succession fédéraux et d'États.
- La responsabilité du propriétaire est illimitée.
- Le propriétaire étranger doit faire une déclaration d'impôts personnelle aux États-Unis.
- Pour ceux qui préféreraient rester anonymes, ce n'est pas la solution.

II
LES PERSONNES MORALES

PERSONNES MORALES ÉTRANGÈRES

Rien n'empêche d'utiliser une personne morale étrangère pour faire des investissements immobiliers aux États-Unis. Cependant, en général, il vaut mieux utiliser une personne morale américaine car très souvent, on se heurte à des problèmes avec des documents sociétaires en langue étrangère, des délais pour obtenir des documents certifiés et pour les pays sans convention fiscale avec les États-Unis, la *Branch Profits Tax*[8].

PERSONNES MORALES AMÉRICAINES

Il existe plusieurs sortes de personnes morales aux États-Unis ; deux sont utilisées habituellement pour les investissements immobiliers : la *Limited Liability Company* (LLC) et la « C » Corporation (*C Corporation*).

La LLC

La LLC est une forme souvent utilisée pour les investissements immobiliers aux États-Unis. Elle ressemble par certains aspects à la SCI française.

Ses caractéristiques sont diverses :

- Elle est fiscalement transparente, tout comme le sont la *partnership* (l'équivalent de la société en nom collectif) ou la *limited partnership* (l'équivalent de la société en commandite).
- La responsabilité des *members* (l'équivalent d'actionnaires) d'une LLC est limitée à la valeur des actifs de la LLC.
- Les *members* peuvent être des personnes physiques, des sociétés américaines ou étrangères, ou des trusts, américains ou étrangers.

La transparence fiscale signifie que chaque *member* soumet une déclaration d'impôts individuelle aux États-Unis. En principe, en présence d'une convention fiscale, comme celle entre la France et les États-Unis, tout impôt payé aux États-Unis par un *member* d'une LLC sert de crédit d'impôt dans le pays de résidence fiscale du *member*.
Mais ce serait une erreur de recommander aveuglément cette option car c'est la forme et le pays de constitution du *member* de la LLC qui détermineront son traitement fiscal aux États-Unis.

Côtés positifs
- La détention d'un bien immobilier aux États-Unis par une LLC est assez simple.
- Elle peut être la forme la plus avantageuse en termes d'imposition sur les plus-values si le *member* de la LLC est une personne physique, car dans ce cas, le taux maximum de 20% est moins élevé que le taux applicable aux personnes morales (si on ne tient pas compte de la *Medicare surtax*).
- Elle permet au member de la LLC de rester anonyme car l'identité des members d'une LLC n'est pas accessible au public.

Côtés négatifs
Si jamais le *member* personne physique ayant des biens immobiliers aux États-Unis décède, sa succession pourrait être assujettie à des taux élevés de droits de succession fédéraux et d'États. Pour ce qui est des Français non-résidents des États-Unis, l'impact des droits de succession peut être réduit par l'application de la formule prévue dans la convention sur les droits de succession et donations.

[1] Sept États n'imposent pas le revenu des particuliers : l'Alaska, la Floride, le Nevada, le Dakota du Sud, le Texas, le Washington, et le Wyoming. Deux États (le Nouveau Hampshire et le Tennessee) n'imposent pas les salaires mais imposent les revenus fonciers et les intérêts.
[2] Des comtés ou des villes imposent le revenu des particuliers dans les seize États suivants : l'Alabama, l'Arkansas, la Californie, le Colorado, le Delaware, l'Iowa, l'Indiana, le Kentucky, le Maryland, le Michigan, le Missouri, le New Jersey, le New York, l'Ohio, l'Oregon, la Pennsylvanie.
A titre d'exemple, l'impôt de l'État de New York va de 4% à 8,82%, selon le montant des revenus et l'impôt de la ville de New York va de 2,907% à 3,876%, selon le montant des revenus.
[3] A titre d'exemple le barème de l'impôt fédéral pour les célibataires est le suivant :
$9.526 à $38.700 : 12%
$38.701 à $82.500 : 22%
$82.501 à $157.500 : 24%
$157.501 à $200.000 : 32%
$200.001 à $500.000 : 35%
$501,000 et plus : 37%
[4] Sur 39 ans pour les biens commerciaux et sur 27,5 ans pour les biens résidentiels. Cet amortissement est repris à la vente du bien du fait de la réduction de l'assiette fiscale.
[5] $0 à $ 39.375 : 0%
$39.376 à $434.550 : 15%
$434.550 et plus : 20%
[6] A titre d'exemple, le taux des droits de succession de l'État de New York va de 3.06% à 16% au-dessus de $10.100.000, avec une exonération de $5.740.000 en 2019, mais si ce montant est dépassé, les droits s'appliquent à la totalité de la succession.
[7] $250.000 à $500.000 : 34%
$500.000 à $750.000 : 37%
$750.000 à $1.000.000 : 39%
$1.000.000 et plus : 40%
[8] La Branch Profits Tax a été mise en place pour soumettre le revenu des sociétés étrangères avec une activité aux États-Unis à deux niveaux d'imposition : le bénéfice gagné et distribué. Cet impôt est de 30% (ou à un taux conventionnel réduit, selon si une convention fiscale rentre en ligne de compte) sur leurs activités ou plus-values américaines après impôt (indépendamment des distributions). La convention fiscale entre la France et les États-Unis élimine complètement cet impôt supplémentaire.

La C Corporation

La C Corporation est proche de la SA française.
La responsabilité d'une C Corporation est limitée au montant de ses actifs.
Suite à la réforme fiscale, entrée en vigueur le 1er janvier 2018 (la Tax Cuts And Jobs Act of 2017), la fiscalité de cette forme de société est devenue très avantageuse car le barème progressif de l'impôt fédéral en vigueur précédemment, a été éliminé et remplacé par un taux forfaitaire de 21% sur les revenus locatifs nets et sur les plus-values.
Comme pour les personnes physiques, en plus de l'impôt fédéral, la C Corporation est redevable de l'impôt de l'État et parfois du comté ou de la ville où est situé le bien[9].
Si les actionnaires d'une C corporation souhaitent verser des dividendes, le traitement fiscal dépendra du pays de résidence fiscale des actionnaires. S'il s'agit de résidents fiscaux d'un pays sans convention fiscale avec les États-Unis, il y a une retenue forfaitaire de 30%. S'il s'agit de résidents fiscaux d'un pays avec une convention fiscale avec les États-Unis, comme la France, la retenue peut être réduite ou éliminée[10].

Le trust

À certains égards, la détention de biens immobiliers par un trust offshore ou par une LLC dont le *member* est un trust offshore peut convenir comme structure.
Tout comme la LLC et la C Corporation, la responsabilité d'un trust est limitée au montant de ses actifs. Si les actifs sont détenus à travers d'autres structures (LLC ou C Corporation), la responsabilité est encore plus limitée.
À condition que le trust soit bien structuré, il est possible de ne pas payer les droits de succession américains.
Si les bénéficiaires du trust sont des personnes physiques, les plus-values réalisées lors de la vente des biens immobiliers seront imposées au niveau fédéral aux mêmes taux applicables aux plus-values réalisées par des personnes physiques.
Par contre, l'inconvénient majeur d'un trust est que le revenu net est imposé au niveau fédéral à des taux progressifs qui atteignent rapidement un niveau élevé (37% au-dessus de $12.150), sans oublier les impôts des États et des comtés ou des villes, s'ils s'appliquent.

EN RÈGLE GÉNÉRALE, LE TRUST IDÉAL EST UN TRUST IRRÉVOCABLE AVEC UN TRUSTEE INDÉPENDANT.

Un trust doit être structuré pour que le *settlor* (le fondateur) ne soit pas considéré comme étant le « propriétaire » des biens du trust. Sinon, le trust devient un *grantor trust* et les biens sont inclus dans la succession du fondateur à son décès.
Pour éviter ceci, il est préférable que le fondateur ne garde pas certains pouvoirs sur le trust, tels le droit de recevoir des distributions de revenu ou de capital, le droit de révoquer le trust ou de changer les trustees.
Le coût de mise en place d'un trust offshore est beaucoup plus élevé que pour une structure plus habituelle et doit être envisagé seulement dans des cas très spécifiques, éventuellement en conjonction avec d'autres structures.

III
AUTRES CONSIDÉRATIONS

RETENUE FIRPTA

Quel que soit le pays d'origine de la personne physique ou la personne morale qui détient un bien immobilier aux États-Unis, toute vente ou distribution d'un *U.S. Real Property Interest* est assujetti à une retenue *Foreign Investment In Real Property Tax Act* (FIRPTA).
Le taux applicable à la vente d'un bien est de 15% de la valeur brute du bien. Le montant doit être retenu par l'acheteur (sinon il en devient responsable vis-à-vis du fisc) et remis à l'IRS dans un délai de 20 jours après le *closing* de la vente.
Cependant, le montant peut être réduit suite à une demande à l'IRS (*application for a withholding certificate*) démontrant que le montant de l'impôt est en fait moins élevé que le montant de la retenue.

Il est à noter que le taux applicable sera de 21% du gain réalisé si une société étrangère propriétaire d'un bien immobilier aux États-Unis distribue un bien immobilier à ces actionnaires.
Il ne faut pas oublier que la retenue FIRPTA est simplement un acompte payé à l'IRS qui, même si le contribuable n'a pas demandé un *withholding certificate*, peut être remboursé, intégralement ou partiellement, en démontrant dans la déclaration d'impôts pour l'année en question que le montant de l'impôt payable était en effet moins élevé que le montant de la retenue FIRPTA.

§1031 EXCHANGE

Pour minimiser l'impôt sur la vente d'un bien immobilier aux États-Unis, il est possible de faire un tax free exchange prévu par l'article §1031 de l'Internal Revenue Code (*§1031 Exchange*).
Sans rentrer trop dans le détail de ce processus, qui peut être compliqué, le *§1031 Exchange* permet, si dans un délai de 45 jours après la vente d'un bien immobilier le vendeur « identifie » trois autres biens immobiliers, de toutes sortes, d'une valeur égale ou supérieure à celle du bien vendu et que l'acquisition d'un ou plusieurs de ces biens se fait

dans un délai de 180 jours après la vente, que la plus-value réalisée soit reportée jusqu'à la vente définitive du bien nouvellement acquis. Ce processus peut être répété un nombre infini de fois.

PORTFOLIO INTEREST EXEMPTION

Une possibilité de structuration intéressante consiste à faire financer une partie du capital nécessaire pour l'acquisition d'un bien immobilier aux États-Unis par le biais d'une forme spécifique de prêt dont l'intérêt payable se dit *portfolio interest*.
En termes généraux, les intérêts *portfolio interest* sont les intérêts payables par un emprunteur qui exerce une activité commerciale aux États-Unis (par exemple la détention et la mise en location d'un bien immobilier aux États-Unis) à une personne, morale ou physique, qui ne réside pas aux États-Unis et qui n'a aucun lien avec l'emprunteur. Le prêteur peut détenir jusqu'à 10% des parts de l'emprunteur et lorsque le seuil des 10% est dépassé, les intérêts ne sont plus considérés comme étant *portfolio interest*.
Les intérêts qualifiés d'intérêts de *portfolio interest* sont totalement exonérés de l'impôt sur le revenu américain en vertu de l'Internal Revenue Code §881(c) et sont entièrement déductibles par l'emprunteur ; le revenu du prêteur ne sera soumis à aucune retenue. De plus, l'emprunteur pourra toujours déduire les montant des intérêts payés de son activité aux États-Unis.

Compte tenu des nombreuses considérations évoquées ci-dessus, étant donné la fiscalité américaine, même sans convention fiscale, mais mieux encore en présence d'une convention fiscale comme celle avec la France, dans la plupart des cas, la détention de biens immobiliers aux États-Unis par une C Corporation est la meilleure option.
Quoi qu'il en soit, une analyse approfondie de chaque situation devra être effectuée par des spécialistes de la fiscalité américaine en coordination avec des spécialistes de la fiscalité du pays de résidence des investisseurs ou des héritiers des investisseurs.

[9] A titre d'information, l'impôt de la ville de New York sur les sociétés propriétaires de biens immobiliers est de 8,85% et l'impôt de l'État de New York est essentiellement de 6,5% à 7,1%. A ces impôts se greffent d'autres impôts, qui dépendent du montant du capital et d'autres facteurs assez complexes.
[10] La convention fiscale entre la France et les États-Unis prévoit que si les actions d'une C Corporation sont détenues :
- À plus de 80% par des sociétés françaises, il n'y a pas de retenue sur le versement de dividendes.
- À plus de 10% par des sociétés françaises, la retenue est de 5%.
- À moins de 10% par des sociétés françaises ou par des personnes physiques, la retenue est de 15%.

LA *FRENCH TOUCH* FISCALE FRANÇAISE OU PETIT RAPPEL D'USAGE DE L'IFI DÛ PAR LES NON-RÉSIDENTS

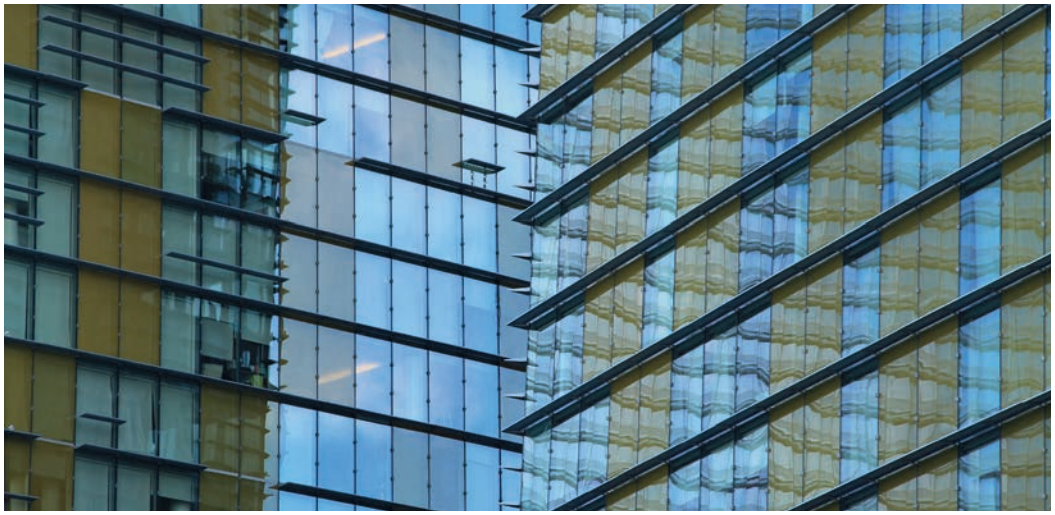
DAVID DUMONT
AVOCAT ASSOCIÉ
AUGUSTIN AVOCATS

La France a de nombreuses spécialités en tous genres, appréciées, à juste titre, par les étrangers, non-résidents fiscaux de France.
Au rang de celles qui sont le moins connues et en tous les cas l'une des moins savoureuses, il existe l'Impôt sur la Fortune Immobilière ou « IFI ».

Dans un premier temps, il conviendra donc d'informer les non-résidents lors de l'acquisition d'un bien immobilier du risque de soumission dudit bien à l'IFI, et de vérifier préalablement lequel des deux pays (celui où l'on réside fiscalement ou la France) qui se réservera l'assujettissement dudit bien immobilier à l'impôt sur la fortune.
Les conventions fiscales applicables à l'ISF (*anciennement « Impôt de Solidarité sur la Fortune »*) devraient s'appliquer, par analogie, à l'IFI et protéger partiellement les non-résidents de l'élargissement d'assiette.
Elles prévoient généralement une imposition des actifs immobiliers dans leur pays de situation et, par suite, des titres de sociétés principalement constituées d'immeubles, soit les sociétés dites « à prépondérance immobilière ».
Néanmoins, les actifs immobiliers détenus indirectement par l'intermédiaire d'une société qui n'est pas à prépondérance immobilière ne sont généralement pas visés, et la clause résiduelle, qui accorde le pouvoir d'imposer à l'État de résidence, devrait trouver à s'appliquer.
Pour autant, un nombre non négligeable de conventions préventives de double imposition signées par la France ne visent pas l'imposition de la fortune, cas dans lesquels les règles de droit interne français trouveront à s'appliquer pleinement.

Dans un second temps, et sous réserve d'un assujettissement à l'IFI par la France, il conviendra de déclarer spontanément ledit bien à l'IFI en déposant une déclaration IFI (formulaires 2042-IFI et 2042-IFI-COV) dans les délais légaux (pour 2019, la date limite de dépôt de la déclaration était fixée au 16 mai pour les déclarations en papier, et au 21 mai pour les déclarations dématérialisées).

TROP SOUVENT, LES NON-RÉSIDENTS FISCAUX IGNORENT TOTALEMENT QU'EN DEVENANT PROPRIÉTAIRES, DIRECTEMENT OU INDIRECTEMENT (AU TRAVERS D'UNE SOCIÉTÉ), D'UN BIEN IMMOBILIER EN FRANCE DONT LA VALEUR SERAIT SUPÉRIEURE À 1.300.000 €, ILS SERONT EN PRINCIPE ASSUJETTIS À L'IFI, SOUS RÉSERVE DES CONVENTIONS FISCALES INTERNATIONALES.



- Pour cela, il faudra tenir compte d'une définition des biens immobiliers relativement large en vue de leur assujettissement à l'IFI.
Il en va notamment des actifs immobiliers détenus directement ou indirectement, et sans considération du nombre et de la nationalité des structures interposées, ou de leur qualification d'entité à prépondérance immobilière.
L'article 965 du Code général des impôts (CGI) fixe en effet une assiette intégrant tout d'abord l'ensemble des biens immobiliers détenus de manière directe par le contribuable, en ce compris les droits d'usufruit, d'usage ou d'habitation, et même les droits afférents à un contrat de crédit-bail sous déduction du montant des loyers et de l'option d'achat, ainsi que les biens acquis en tontine.
Sont également visées les détentions indirectes d'immobilier, soit les parts ou actions de sociétés et organismes à hauteur de la valeur représentative des immeubles imposables portés par la société ou l'organisme. Il s'agira de déterminer un coefficient comparant valeur vénale de l'immobilier imposable et valeur vénale de l'actif social.
Il conviendra également d'inclure la valeur de rachat des contrats d'assurance (vie et capitalisation) exprimés en unités de compte, à hauteur de la fraction de leur valeur représentative d'actifs immobiliers (SCPI, PCI…) ;

- Et s'assurer d'une éventuelle exclusion de ladite assiette.
Différentes exclusions visent à limiter le champ du dispositif, notamment concernant les immeubles, même non utilisés dans le cadre d'une exploitation opérationnelle, détenus par des sociétés ayant une activité opérationnelle et dont le redevable ne détient pas, directement ou indirectement, plus de 10% du capital.
Les participations de moins de 10% en organismes de placement collectif (OPC), et sous condition que ces derniers soient composés de moins de 20% d'actifs immobiliers imposables, seront écartées de la base d'imposition, tout comme les participations inférieures à 5% dans des sociétés d'investissement immobilier cotées (SIIC).
Les biens immobiliers affectés par la société à sa propre activité ou à l'une de ses filiales, dès lors qu'elle est industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, ainsi que les immeubles affectés à l'activité professionnelle du redevable, selon la même définition qu'antérieurement, sont également exclus.
Enfin, les bois, forêts et parts de groupements forestiers restent exonérés d'IFI, sous conditions, et dans la continuité des règles visant l'ISF, soit à hauteur de 75%.

- Une fois l'actif brut déterminé, vérifier le passif déductible.
L'article 974 du CGI prévoit que les dettes doivent, pour être déductibles, exister au 1er janvier de l'année d'imposition, être contractées par l'un des membres du foyer fiscal et effectivement supportées par celui-ci, et enfin être afférentes à des actifs imposables.
En effet, seules les dettes afférentes à des actifs entrant dans le champ de l'impôt sont à déduire, ce qui pourrait, selon le législateur, emporter des comportements d'optimisation dans les stratégies de financement.
Afin d'encadrer le financement par emprunt des actifs taxables, et en fonds propres des actifs exonérés, des retraitements ont été prévus. Les prêts in fine en sont un exemple clair, dès lors qu'ils seront fictivement considérés comme s'amortissant chaque année.
Par ailleurs, en cas de patrimoine immobilier dépassant 5 millions d'euros, la dette d'acquisition ne sera déductible, au-delà de 60 % des actifs, que pour 50 % de la valeur, sauf à démontrer l'existence d'un objectif non principalement fiscal.
Aux termes des articles 973 et 974 du CGI, d'autres passifs voient par ailleurs leur déductibilité purement écartée, notamment en cas de dettes contractées entre les membres d'une même famille ou auprès de sociétés contrôlées, sauf à justifier de conditions normales de prêt.

En conclusion, il conviendra d'être particulièrement vigilant, lors de l'acquisition d'un bien, à l'assujettissement annuel éventuel de ce dernier à l'IFI.
La *French Touch* fiscale n'est pas toujours appréciée des non-résidents à sa juste mesure…

REMERCIEMENTS

Aux étudiants du Master II
Droit Privé Général 2018/2019
de Paris II Panthéon-Assas :
Melinda Benhaïem, Anatole Boudesseul,
Florian Carré, Igor Kirillov, Éloïse Le Hénaff,
Grégoire Lemarchand-Ghica et Titouan Vigneau

Aux juristes du Groupe Cheuvreux :
Charlotte Boinot-Malon, Lucille Chevalier,
Marie Choplin-Texier, Gwénola Devallet,
Angélique Devaux, Emilie Finot, Murielle Gamet,
Olivier Giacomini, Laetitia Molina,
Alexandra Rosenthal et Evgenia Zakharov

Aux experts de l'étranger :
Jean-Jacques Augier, président de l'Alliance
française Paris Ile-de-France

Leigh-Alexandra Basha, Attorney at law
McDermott Will & Emery, Wahington DC - USA

David Dumont, avocat associé,
Augustin Avocats - France

Julie Loranger, notaire, BCF Avocats d'affaires,
Montréal (Québec) – Canada

Nicolas Michaux, Managing director, Fidinam
(Hong Kong Limited) – Hong Kong

Richard Ortoli,
Partner Ortoli Rosenstadt LLP - USA

Marcus Parsons, director for and on behalf
of Kingsfords solicitors Limited – UK

Direction de la publication : Murielle Gamet. Comité de rédaction : Angélique Devaux et Emilie Finot. Coordination éditoriale : Blandine Berger. Crédits photos : ©Xavier Boutiron, ©Angélique Devaux, ©Alexis Pauchet, @Servane Wittet. Graphisme : Céline Morissonnaud. Imprimerie : ITF.

La Revue Cheuvreux est une publication de la SAS Cheuvreux située 55 boulevard Haussmann 75 008 Paris. Toute reproduction est strictement interdite, sauf accord exprès de Cheuvreux.

Conformément à la loi « Informatique et libertés » du 6 janvier 1978 modifiée, vous disposez d'un droit d'accès, d'opposition et de rectification des données vous concernant. Pour faire valoir ces droits ou pour toute demande de modification de vos coordonnées, envoyez un email à cil@notaires.fr ou un courrier à Cheuvreux – Protection des données, 55 boulevard Haussmann 75 008 Paris.

Vous pouvez à tout moment introduire une réclamation relative au traitement de vos données à caractère personnel auprès de la CNIL (3, place de Fontenoy, 75 007 Paris).

La norme de qualité ISO 9001 : dans sa recherche permanente d'amélioration et de satisfaction de ses clients, l'Etude a développé un Système de management de la Qualité, certifié ISO 9001 depuis avril 2003.

© 2019 – Cheuvreux – Tous droits réservés

CHEUVREUX

55 boulevard Haussmann
75008 Paris – FRANCE
www.cheuvreux.fr