

Divorce en Suisse et immeubles en France

Essai de simplification judiciaire

Anne Reiser, avocate au barreau de Genève, Etienne Jeandin, notaire à Genève, Jean-Luc Favre, avocat au barreau de Thonon les Bains, Dominique Naz, notaire à Douvaine

I. Position du problème

S'il est constant que la frontière est le point de rencontre des gens et des cultures, l'expérience judiciaire et notariale enseigne qu'elle est aussi le lieu où l'on abandonne souvent toute curiosité pour ce qui se passe «de l'autre côté» et il n'est pas rare que le justiciable suisse doté d'une propriété sise en France qui intéresse le droit matrimonial se retrouve, une fois divorcé, avec un jugement le renvoyant finalement à agir en France.

L'expérience démontre que les parties à la procédure suisse de divorce, leurs conseils, voire le tribunal, sont frileux lorsqu'il s'agit de régler les effets de la dissolution du régime matrimonial portant sur des immeubles situés en dehors du territoire helvétique. De plus, en général, aucune indication n'est donnée à leur sujet dans le jugement de divorce, qu'il convient pourtant de mettre en œuvre sur le territoire voisin.

On ne saurait trop souligner le découragement éprouvé par les rescapés de la procédure suisse de divorce, lorsqu'ils se retrouvent, de l'autre côté de la frontière, engagés dans une seconde aventure judiciaire dont la longueur peut excéder celle de leur mariage. Et que dire de leur surprise quand leur sera présentée la facture! Leur déconvenue n'a probablement de commune mesure qu'avec la perplexité des juristes français appelés à l'exécution d'un jugement prononcé en Suisse dans l'ignorance totale de prescriptions civiles et fiscales impératives du droit français.

La situation juridique d'immeubles situés en France et dépendant de rapports de droit noués ou dénoués en Suisse est pourtant, une question ancienne, posée particulièrement dans les zones frontalières. Pour ne prendre que l'exemple genevois, l'évolution et les mutations de souverainetés politiques et des limites territoriales, et le rapport ville- campagne entretenu avec le Pays de Gex et la Savoie ont créé, depuis des dizaines d'années, un besoin constant de s'adapter aux conséquences de l'urbanisation discontinue de la zone frontalière. On mesure ici les conséquences de la volonté helvétique de préserver sa zone agricole tout en demandant aux territoires voisins d'accueillir aujourd'hui non seulement soixante mille travailleurs frontaliers

et leurs familles, mais aussi de nombreux citoyens genevois ou communautaires choisissant désormais d'élire domicile en France.

Ce besoin de trouver des solutions praticables à la coexistence de systèmes juridiques distincts est d'autant plus grand que l'évolution sociale a vu s'accroître de manière considérable les désunions conjugales, avec les conséquences patrimoniales qu'elles impliquent, notamment dans des configurations transnationales.

1. Le problème vu du côté suisse

a) Le divorce: une procédure, donc un coût

En droit suisse –et cela ne changera pas dans le nouveau code de procédure civile unifié¹ –le divorce n'est qu'une procédure.² Le droit civil (art. 8 CC) et les lois de procédure en vigueur forcent les époux en divorce à rapporter leurs dires en preuve, et de chiffrer leurs éventuelles prétentions pécuniaires. Des «droits» de greffe, soit des frais de justice, fixés de manière cantonale, indiquent le montant de l'avance de frais à effectuer par la partie qui entend réclamer une somme d'argent en lien avec son divorce. Plus la somme est élevée, plus l'avance augmente, et plus s'amenuise la chance de plaider au bénéfice de l'assistance juridique. Dans cette perspective, est-il raisonnable de chiffrer des prétentions que le juge suisse pourrait ne pas admettre ? Pour s'en assurer, le justiciable prudent fait généralement appel aux services d'un avocat, quand bien même cela engendre des frais supplémentaires, non couverts par les assurances.³

b) La liquidation judiciaire du régime matrimonial comprenant un immeuble sis à l'étranger: un surcoût

De manière générale, en présence d'un bien matrimonial de nature immobilière, pour diminuer les frais de justice à avancer ou pour se réserver la possibilité de les éviter, les parties préfèrent prendre des conclusions en justice tendant à faire ordonner la liquidation du régime matrimonial en demandant, au besoin, une expertise de la valeur vénale actuelle de l'immeuble. La partie adverse sera acheminée à produire toutes pièces utiles à déterminer les parts de chacun dans la liquidation,⁴ puis la partie requérante se verra réserver le droit de compléter ses écritures sur la liquidation du régime matrimonial. L'opération permettra d'opérer un fin calcul de la créance en liquidation de régime matrimonial⁵ ou de la valeur de la part de copropriété dont

1 Message du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006, 6841 ss, 6966.

2 Art. 111 ss CC.

3 Rappelons que les litiges ressortant au droit de la famille font généralement partie des risques exclus de toute couverture par les compagnies d'assurances de protection juridique.

4 Art. 170 CC; ATF 118 II 383, 385, consid. 4 a et arrêts cités.

5 Cf. art. 215, 612 et 617 par renvoi de l'art. 246; et art. 250 al. 2 CC.

l'attribution préférentielle est réclamée et de voir les frais de justice calculés sur la valeur précise en litige⁶. Cela fait et obtenu, lorsque l'immeuble est situé à l'étranger, si le résultat de la procédure peut paraître aléatoire au regard des pièces produites ou en raison de l'exorbitance des avances de frais à consentir, il arrive que le requérant ne chiffre pas ses prétentions pour s'épargner le paiement de droits de greffe versés sans être certain d'un jugement favorable (jugement dont il n'est même pas sûr qu'il soit reconnu et exécuté à l'étranger! cf *infra* 1.3). Le requérant préfère généralement utiliser ces informations et ces pièces dans le procès qu'il engagera au lieu de situation de l'immeuble. Ainsi, le jugement de divorce ne traitera pas des droits réels portant sur le bien immobilier sis à l'étranger et se bornera à en réserver la liquidation ultérieure.

c) La demande d'attribution préférentielle de la propriété d'un immeuble sis à l'étranger: une incertitude

En Suisse, il est possible de devenir propriétaire d'un immeuble par jugement (art. 656 al. 2, 665 al. 2, 963 al. 2 CC). L'inscription au registre foncier a un effet constitutif (art. 656 al. 1 CC). Les époux plaident en liquidation de leur copropriété immobilière dans le cadre de la liquidation de leur régime matrimonial prendront donc des conclusions judiciaires (que ce soit dans un divorce contentieux ou non) tendant à inviter le conservateur du registre foncier du lieu de situation de l'immeuble à procéder à un transfert de propriété immobilière. Rappelons que l'époux qui entend se voir concéder l'attribution préférentielle de la propriété de l'immeuble commun doit prendre des conclusions à ce sujet en justifiant d'un intérêt prépondérant, à charge pour lui de désintéresser son conjoint.⁷ La faculté de faire valoir ce droit en justice dépend du droit fédéral. La maxime de disposition est applicable⁸ et la procédure est réglée par le droit cantonal.⁹ L'intérêt prépondérant à cette attribution devant ainsi être rapporté en preuve, la partie qui le revendique est généralement contrainte par le droit cantonal de procédure de l'indiquer *in limine litis*,¹⁰ afin de fixer d'emblée le cadre des débats. La partie prend alors le risque, à peine d'irrecevabilité, de voir sa requête taxée –sur le plan de l'avance des frais de justice ou «droits de greffe» –sur la valeur de l'objet en litige, soit celle de sa part de copropriété, que le tribunal lui demande de chiffrer. Or, il est notoire que certains pays proches revendiquent l'application exclusive de la *lex rei sitae* pour statuer sur le sort de la propriété des immeubles sis sur leur territoire. Sachant cela, et ignorant où requérir à peu de frais des informations

6 Cf. art. 205 al. 2, 244 al. 1, 251 CC.

7 Cf. supra note 5; à propos de la séparation de biens: art. 251 CC et arrêt du Tribunal fédéral, 18.3.2004, 5C_56/2004 consid. 5.1; et pour le régime de la participation aux acquêts: art. 205 al. 2 CC et ATF 119 II 197, 198, consid. 2.

8 ATF 119 II 197, 198, consid. 2.

9 ATF 118 II 521, 527 consid. 3c, et arrêt du Tribunal fédéral, 18.3.2004, 5C_56/2004 consid. 5.1.

10 Arrêt du Tribunal fédéral, 18.3.2004, 5C_56/2004, consid. 5.2.

fiables à propos du contenu du droit du pays dans lequel se situe l'immeuble, les parties en litige craignent souvent d'exposer des avances de frais conséquentes en vue d'obtenir un jugement dénouant leurs rapports de copropriété qui sera sans effet dans l'Etat du lieu de situation de l'immeuble.¹¹ Cette crainte se manifeste en particulier à propos de la France, probablement pour des raisons historiques (*cf infra*. II). Par conséquent, nombre de plaideurs concluent, sans plus de précisions, à ce que soit «réservée la liquidation de l'immeuble sis en France».

2. *Le problème vu du côté français*

Rappelons qu'il existe une différence importante entre les procédures de divorce suisse et française. Alors que le juge suisse doit, en principe, régler en un seul jugement le divorce et ses conséquences, tels que la liquidation du régime matrimonial (*cf. infra* II.3), ce n'est que s'il est saisi d'une requête en divorce par consentement mutuel que le juge français règle globalement les effets du divorce et la liquidation des intérêts patrimoniaux dans le seul cadre du divorce.

En dehors d'une procédure initiée par consentement mutuel, le tribunal français prononce le divorce avec ses effets spécifiques et renvoie la liquidation du régime matrimonial et le partage devant un notaire désigné à cet effet. Il n'existe qu'une atténuation prévue au nouvel article 267 CCF permettant au juge du divorce de statuer sur les désaccords constatés par le notaire qui avait été désigné au stade de la conciliation préalable pour établir un projet de liquidation du régime matrimonial (art. 255 al. 10 CCF).

En dehors de cette hypothèse, qui reste aujourd'hui marginale, le notaire, dans la phase postérieure au divorce, n'a pas de pouvoir pour régler les divergences. Il doit en effet les renvoyer devant le tribunal pour que ce dernier les tranche, après avoir établi un procès-verbal de difficultés. S'ouvre alors une seconde phase judiciaire avec tous ses aléas et recours, qui peut durer des années. Ces difficultés tranchées, le litige est à nouveau renvoyé devant le notaire. Ce processus, aussi fastidieux que long et coûteux, est susceptible d'épuiser les belligérants.

Certes, dans le cadre des mesures provisoires, le nouveau droit français du divorce permet au juge de désigner tout professionnel qualifié en vue de dresser un inventaire estimatif ou de faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux.¹² Le juge a aussi la possibilité de désigner un notaire en vue d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager.¹³ Le juge des mesures provisoires peut d'ailleurs doter le professionnel qualifié de pouvoirs d'investigation bien plus étendus que ceux conférés au notaire dans

11 BaslerKomm IPRG/DUTOIT, Art. 164 IPRG, n° 5.

12 Art. 255-9 CCF.

13 Art. 255-10 CCF.

le cadre de la liquidation du régime matrimonial survenant après le jugement de divorce. Pour autant, le juge du divorce saisi au fond ne règle pas la question de la liquidation et du partage du régime matrimonial, à défaut de convention passée entre les époux.¹⁴ Les informations obtenues auprès du professionnel qualifié ne lui permettent que d'apprécier l'allocation d'une éventuelle prestation compensatoire à l'un des époux.¹⁵ Elles ont aussi le mérite d'orienter le notaire qui est ensuite désigné par le juge du divorce pour procéder à la liquidation et au partage de régime matrimonial. Il n'en demeure pas moins que, faute d'accord entre époux, le divorce et la liquidation du régime matrimonial font l'objet de deux procédures distinctes.

Recevant ainsi, «de l'autre côté» de la frontière, un jugement de divorce suisse qu'il s'agirait de mettre en œuvre à propos d'un immeuble sis en France qu'il conviendrait de «liquider», les praticiens français sont immédiatement plongés dans la plus grande perplexité. Les conséquences de cette incertitude ne sont pas minces et soulèvent de nombreuses difficultés s'agissant de la portée du jugement suisse de divorce sur la liquidation du régime matrimonial, sur la détermination et le champ de la loi applicable, et sur le partage de compétence entre le juge du divorce et celui de la liquidation-partage du régime matrimonial.

On bute, d'abord, sur la question de savoir s'il leur est demandé d'effectuer la prolongation de la liquidation inaboutie d'un régime matrimonial soumis à ses propres règles, ou alors, cette liquidation étant terminée ou non nécessaire, s'il convient de procéder à un partage soumis à la «*lex rei sitae*». Suivant les interprétations données au jugement suisse de divorce, les solutions les plus inattendues peuvent surgir des tribunaux français:

A défaut d'accord des parties, le tribunal français du lieu de situation des immeubles doit s'interroger sur la question de savoir s'il convient d'appliquer les règles afférentes à la liquidation du régime matrimonial des parties au partage de l'immeuble (qui peut d'ailleurs constituer le seul actif matrimonial). Dans cette hypothèse, à défaut de détermination du régime matrimonial par le juge suisse du divorce, le tribunal français doit procéder à cette détermination selon la «*lex fori*». (Cour de cassation 25 janvier 2005, *cf. infra* II.2.a)). Or, le droit français fait une application universelle de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, entrée en vigueur en France le 1^{er} septembre 1992, pour les époux mariés après cette date. Ainsi, s'il doit être interprété que le sort de l'immeuble à «liquider» devrait être régi par le droit applicable au régime matrimonial des parties, et que ce dernier n'a été ni déterminé ni liquidé par le jugement suisse à mettre en œuvre, il est possible que la détermination de la loi applicable au régime matrimonial, par application de la Convention de La Haye précitée, n'aboutisse pas à

14 Art. 265-2 CCF.

15 Art. 270 ss CCF.

l'application du droit suisse, et n'ait pas les mêmes conséquences que celles qui auraient été retenues par le juge helvétique.

Toujours à défaut d'accord des parties, le tribunal français du lieu de situation des immeubles doit également se demander s'il ne convient pas, plutôt, de procéder aux opérations de liquidation et de partage selon les règles de la «*lex rei sitae*» déterminant le régime juridique des biens jusqu'à leur partage, étant rappelé que l'indivision n'est qu'une forme de copropriété.¹⁶ S'il retient cette hypothèse, l'attribution préférentielle de l'immeuble à l'un des ex-conjoints pourra être soumise à d'autres conditions que celles du droit suisse, et au versement d'indemnités d'occupation jusqu'au partage. La date d'évaluation de l'immeuble pourra être fixée au jour le plus proche du partage, mais pas forcément au jour de la liquidation du régime de copropriété.

Faute d'accord et de clarté du jugement qui lui est soumis, le tribunal français du lieu de situation des immeubles peut aussi décider de renvoyer les difficultés au juge du divorce, juge de la liquidation du régime matrimonial, c'est-à-dire au juge suisse, pour qu'il complète son jugement.¹⁷

Autre cas fréquent, enfin, chez les époux soucieux de «titriser» leur propriété immobilière à l'étranger dans un but d'optimisation fiscale: le droit français considère que les parts de Sociétés Civiles Immobilières (SCI) sont des meubles et non des immeubles et, qu'en conséquence, le for et le droit français pourraient ne pas être applicables à celles-ci, quand bien même elles représenteraient la totalité d'un immeuble situé en France. En présence d'un jugement de divorce suisse «renvoyant» la liquidation d'un régime matrimonial à une autre procédure, vu la présence, sur territoire français, d'un l'immeuble détenu par une SCI dont les associés sont les époux fraîchement divorcés en Suisse, il se peut que le tribunal français parvienne à la conclusion qu'il ne serait pas possible de plaider en France, faute de for et dès lors que le droit français ne devrait pas s'appliquer au litige qu'on lui renvoie!

Cela dit, si le tribunal français décide de se saisir de la mise en œuvre du jugement suisse sans renvoyer à son auteur la cause pour complément, d'innombrables questions vont se poser à lui, à divers stades d'une procédure engagée sur le terrain du partage judiciaire et renaissant à chaque difficulté posée par les parties devant le notaire désigné pour y procéder.

Il y a bien sûr, les difficultés les plus classiques: la détermination de la date de dissolution du régime matrimonial et d'évaluation des biens indivis; les présomptions de propriété; les indemnités d'occupation dues par l'ex-conjoint qui demeurerait dans l'immeuble; la prise en compte des remboursements de prêts bancaires ou encore la possibilité de l'un des copropriétaires de solliciter l'attribution préférentielle de l'immeuble dans le cadre de la procédure de partage.

16 AUDIT, Droit International Privé, Economica, Paris, n° 886.

17 Cour d'appel de Paris, 5 février 2004, n° Jurisdata 2004 -236 117.

On peut prolonger cet inventaire non exhaustif par des raffinements: ainsi, le statut des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés en Suisse et ayant permis l'acquisition d'un immeuble en France risque de surprendre les citoyens suisses plaidant en France. L'on sait que, de jurisprudence suisse constante, dans le régime matrimonial de la participation aux acquêts, le droit aux prestations futures d'une institution de prévoyance professionnelle constitue une expectative soustraite au patrimoine matrimonial. Le capital versé durant le régime y est traité comme une rente, la part qui remplace le produit du travail durant le régime est un acquêt et celle qui pallie la carence ultérieure est un propre¹⁸. On n'ignore pas non plus que les moyens de prévoyance professionnelle utilisés pour acquérir un logement demeurent liés à un but de prévoyance et que, lorsqu' au moment du divorce aucun cas de prévoyance n'est encore survenu pour le preneur d'assurance, des fonds liés investis dans le logement doivent être partagés selon les articles 122 et 123 CC. Enfin, lorsqu'il y a divorce avant survenance d'un cas de prévoyance, le versement anticipé antérieur au mariage est également considéré comme une prestation de libre passage soumise au partage, qui conserve sa valeur nominale et ne produit pas d'intérêt.¹⁹ Ce qui signifie, pour les praticiens, que l'on ne tient pas compte des avoirs de prévoyance devant être remboursés à l'institution de prévoyance pour permettre le partage des avoirs de vieillesse accumulés pendant le mariage, lorsque l'on procède aux calculs des droits des époux touchant à un immeuble.²⁰

Or, dans un arrêt remarqué daté du 14 mars 2006,²¹ la Cour de cassation française a exclu le «second pilier» de la présomption de communauté, pour le qualifier de propre à chaque époux. La doctrine majoritaire estime, en effet, que sous le régime de communauté légale, et par application de l'article 1404 du Code Civil français, les créances et pensions incessibles constituent des biens propres. Cela concerne les pensions alimentaires, les pensions d'invalidité et les pensions de retraite, en tant que ces dernières sont des substituts du travail. Même si le Centre de Recherches, d'Information et de Documentation Notariale (CRIDON) de Lyon, en revanche, ne partage pas l'analyse développée dans l'arrêt précité, considérant que la retraite constitue un bien commun en droit français, il n'en demeure pas moins que le juge français analyse cette lancinante question transfrontalière comme relevant du régime matri-

18 ATF 118 II 383, 387; dans le régime de la communauté de biens, de même, la valeur capitalisée de la rente qui eût appartenu à l'époux qui a reçu un capital d'une institution de prévoyance, est comptée dans les propres de cet époux à la dissolution du régime, cf. art. 237 CC.

19 ATF 128 V 230, SJ 2002 I 489.

20 Cf. pour la répartition des plus-values générées par ces investissements: BADDELEY, La plus value du logement acquis par des époux: répartition en cas d'utilisation des avoirs de la prévoyance professionnelle, Jusletter du 08.12.2008.

21 Cour de cassation – 1^{ère} chambre civile: 14 mars 2006 – Arrêt n° 548 f-d; site de la Cour de cassation: www.courdecassation.fr; site Legifrance: www.legifrance.gouv.fr. A noter, néanmoins, que, dans cette affaire, la prestation compensatoire avait été évaluée en prenant en compte le versement du libre passage.

monial. Ainsi, sauf prononcé en France d'un divorce par consentement mutuel incluant un partage de l'avoir de vieillesse conformément au droit suisse et respectant ses exigences, ou à défaut d'une décision judiciaire française incluant expressément une part de cet avoir de vieillesse dans la prestation compensatoire à verser à l'un des époux, la solution suisse, qui consiste à retenir que le partage des avoirs de prévoyance accumulés pendant le mariage relève de la loi du divorce, ne peut donc trouver application en France. Et cela, ni devant le juge du divorce, ni devant le juge de la liquidation-partage du régime matrimonial (c'est d'ailleurs la raison pour laquelle le Tribunal Fédéral a admis la possibilité, dans certains cas, de compléter le jugement de divorce étranger, fondé sur la clause d'exception de l'article 15 LDIP²²) C'est dire la complexité du cas soumis au juge français de la liquidation du régime matrimonial «réservée», puisque ne comprenant par hypothèse qu'un immeuble sis en France financé majoritairement par des moyens de prévoyance, lorsqu'il lit que le jugement suisse de divorce prononce par ailleurs le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés pendant le mariage en tenant compte des avoirs retirés au titre de l'encouragement à la propriété immobilière, donc investis dans l'immeuble français «à liquider»!

3. *Objectif de cette contribution*

Partant du résultat souhaitable pour le justiciable transfrontalier (soit un minimum de procédures, des coûts identifiables donc maîtrisables, une durée de procès réduite globalement, une collaboration entre professionnels sans redondances, une accessibilité de l'information à collecter, donc un accès à la décision d'entrer ou non en procédure contentieuse et des choix quantifiables en termes de ressources dans lesquelles puiser pour accéder au résultat souhaitable), les avocats et notaires auteurs de cette étude se sont attachés à trouver tous les points possibles de rencontre et de simplification de leur collaboration souhaitable à un résultat optimal pour le justiciable confronté à une procédure de divorce en Suisse comportant un actif immobilier en France intéressant le droit matrimonial.

L'objectif visé par cette étude étant essentiellement pratique, on pardonnera à ses auteurs d'avoir été pratiquement à l'essentiel, et de n'avoir parfois pas cité de manière complète tous les auteurs qui, avant eux, se sont penchés sur les questions évo-

22 ATF 131 III 289 ss; cf. pour une critique de l'application de la clause d'exception de l'art. 15 LDIP à ce genre de situation, BUCHER, Prévoyance et divorce dans le contexte international, in: BADDELEY/FOEX (Hrsg), La planification du patrimoine, journée de droit civil 2008 en l'honneur du Professeur Andreas Bucher, Schulthess 2009, 191 ss, 195; cf. également, in AJP/PJA 2009, 117 ss, 119, la critique en règle formulée par BUCHER à propos de l'arrêt étonnant du 12.06.2008 (5A.220/2008), FamPra 2009, 165, selon lequel une décision étrangère de divorce qui tient compte du partage des prestations de sortie, mais n'en prescrit pas un partage par moitié, ne violerait pas l'ordre public suisse (art. 27 al.1 LDIP) et n'aurait pas à être complétée.

quées souvent rapidement. La grande complexité de la matière aurait nécessité des développements plus vastes. Le choix fait ici est de ne procéder qu'à ceux qui devraient permettre de lever tout doute dans l'esprit du lecteur quant à la faisabilité et à l'efficacité des solutions proposées, dans l'intérêt des justiciables.

II. Rappel des principes

Rappelons que la Convention du 15 juin 1869 entre la Suisse et la France sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile, qui disposait à son article 4 que l'action réelle ou immobilière serait ouverte devant le tribunal du lieu de situation des immeubles, a été abrogée avec effet au 1^{er} janvier 1992, à l'instar de son Protocole explicatif et l'Acte additionnel du 4 octobre 1935 (RO 1992 200).²³

Or, comme la Convention de Lugano concernant l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 16 septembre 1988, entrée en vigueur en Suisse le 1^{er} janvier 1992, exclut de son application l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions (art. 1 al. 2 ch. 1), il convient de rechercher tant dans le droit international privé que dans le droit de fond suisses et français les convergences nécessaires à assurer au justiciable que la voie judiciaire qu'il va emprunter en Suisse va déboucher sur un jugement susceptible d'être reconnu et exécuté en France.

1. *Droit international privé suisse: for et droit applicable*

Rappelons qu'à teneur de l'article 51 lit b LDIP, «(s)ont compétentes pour connaître des actions ou ordonner les mesure relatives aux régimes matrimoniaux: (b) lors de la dissolution du régime matrimonial consécutive à la dissolution judiciaire du lien conjugal ou à la séparation de corps, les autorités judiciaires suisses compétentes à cet effet (art. 59, 60, 63, 64)». Il s'agira des tribunaux suisses du domicile de l'époux défendeur (art. 59 lit a LDIP) ou demandeur (art. 59 lit b LDIP), et, si ce dernier est étranger, ces tribunaux ne seront compétents qu'à la condition qu'il réside en Suisse depuis une année.²⁴ Il s'agira également des tribunaux du lieu d'origine lorsque les époux ne sont pas domiciliés en Suisse et que l'un d'eux est Suisse, si l'action ne peut

23 SJ 1996, 460, consid. 3a, pour les conséquences de la «réserve» de la liquidation d'un régime matrimonial suisse comportant des parcelles en Haute-Savoie: disjonction entre statut matrimonial et statut réel d'un immeuble; application préalable du droit français puis suisse pour déterminer le bénéfice de l'union conjugale, en présence d'un régime de propriété indivise avec quotes-parts de l'art. 815 CCF.

24 ATF 118 II 85, consid. 3, s'agissant de la résidence habituelle qui peut avoir duré sans que le domicile au sens strict n'ait duré douze mois, cité par BaslerKomm IPRG/DUTOIT, Art. 183 IPRG, n° 7, et

être intentée au domicile de l'un des époux ou si l'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle le soit (art. 60 LDIP).

En principe, chaque fois que les tribunaux sont compétents pour connaître des divorces «internationaux» (art. 59 LDIP), le droit applicable aux actions ou mesures relatives aux régimes matrimoniaux est la loi suisse (*lex fori*, art. 61 al. 1 LDIP). Dès lors qu'elle régit le divorce ou la séparation de corps (art. 63 LDIP), elle est aussi applicable à leurs effets accessoires.

Par exception, un autre droit pourra être applicable au divorce ou à la séparation de corps «internationaux»: celui de la nationalité étrangère commune, si l'un seul des époux est domicilié en Suisse (art. 61 al 2 LDIP). Cela inclut le renvoi, par cette loi étrangère, au droit d'un troisième Etat.²⁵ Mais, si l'un des époux est également suisse ou si l'un d'eux réside depuis deux ans en Suisse, le droit suisse sera applicable si le droit national étranger commun ne permet pas la dissolution du mariage ou la soumet à des conditions extraordinairement sévères. De même, si les tribunaux suisses voient leur compétence dictée par le lieu d'origine (art. 60 LDIP), ils appliqueront le droit suisse.

Cela dit, il est possible que le droit applicable aux régimes matrimoniaux diffère de celui qui régit le divorce. En effet, les époux peuvent choisir le droit qui s'applique à leur régime (droit du domicile ou de la résidence habituelle (art. 20 al 2 LDIP) ou de la nationalité de l'un des époux (art. 52 LDIP)) et modifier ce choix à loisir (art. 53 LDIP).²⁶ Sauf convention contraire, ce choix rétroagit au jour du mariage (art. 53 al. 2 LDIP). En tous les cas, l'élection de droit doit englober l'ensemble des biens des époux: une élection de droit partielle, limitée par exemple aux seuls biens immobiliers ne saurait être admise.²⁷ A défaut d'élection de droit, l'article 54 LDIP dispose que le régime matrimonial est régi par le droit de l'Etat dans lequel les deux époux sont domiciliés en même temps (sans qu'il soit exigé qu'ils fassent domicile commun).²⁸ Si tel n'est pas le cas, le droit de l'Etat dans lequel, en dernier lieu, les deux époux ont été domiciliés en même temps est applicable. Si les époux n'ont jamais été domiciliés en même temps dans le même Etat, leur droit national commun s'applique. Enfin, si les époux n'ont jamais été domiciliés dans le même Etat et n'ont pas de nationalité commune, ils sont soumis au régime suisse de la séparation de biens.

Il résulte ainsi des explications qui précèdent que, chaque fois qu'un juge suisse est compétent en matière de divorce ou séparation de corps, il l'est aussi pour la li-

les références au «forum shopping» contredites par BUCHER, *Droit International Privé*, tome II, Basel 2001, 180).

25 ATF 118 II 473, consid. 4c, dès lors qu'il s'agit d'une matière d'état civil (art. 14. al. 2 LDIP). Cf. BaslerKomm IPRG/DUTOIT, Art. 41 IPRG, n° 2.

26 Dès lors qu'il s'agit d'un droit strictement personnel, excluant la représentation: BUCHER (Fn. 24), 166, n° 462, BaslerKomm IPRG/DUTOIT, Art. 168 IPRG, n° 1.

27 BaslerKomm IPRG/DUTOIT, Art. 166 IPRG, n° 2 et références citées.

28 BaslerKomm IPRG/DUTOIT, Art. 170 IPRG, n° 1 et 2.

quidation du régime matrimonial (art. 51 lit b LDIP).²⁹ La loi qu'il applique régit l'entier des biens entrant dans le régime matrimonial, la possibilité d'appliquer aux immeubles leur *lex rei sitae* n'ayant pas été retenue dans la loi du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1989 (RO 1998 1827).³⁰

2. *Droit international privé français: rappel des principes régissant la matière*

Contrairement au droit helvétique, le droit international privé français ne fait pas l'objet d'une codification ou d'une loi. De rares dispositions législatives peuvent le régir (art. 309 du Code civil français sur les conflits de lois relatives au divorce et la séparation de corps). Pour le reste, la jurisprudence a dégagé progressivement des solutions. En outre, le droit communautaire absorbe de plus en plus le droit international privé par l'instauration de règlements spécifiques comme les règlements successifs dits de «Bruxelles I»,³¹ «Bruxelles II»³² et «Bruxelles II-bis»³³ du 27 novembre 2003 en matière matrimoniale. La Commission a aussi ouvert le chantier des régimes matrimoniaux par la mise en œuvre d'un «livre vert» le 17 juillet 2006.³⁴ Enfin, il y a lieu de considérer les différents instruments internationaux bilatéraux ou multilatéraux, notamment les Conventions de la Haye, ratifiées par la France et la Suisse.

Dans la matière qui nous occupe, il convient de dégager les principes directeurs suivants.

a) L'autonomie du régime matrimonial

A toutes fins utiles, rappelons que les époux mariés après le 1^{er} septembre 1992 (date de l'entrée en vigueur en France de la Convention de La Haye du 14 mars 1978

29 BaslerKomm IPRG/DUTOIT, Art. 164 IPRG, n° 5.

30 BaslerKomm IPRG/DUTOIT, Art. 166 IPRG, n° 2 et références citées; BERTHOLET, Les régimes matrimoniaux en droit international privé suisse, 38, in: BONOMI/STEINER (Hrsg), Les régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé, Genève 2006; BUCHER, Le couple en droit international privé, Basel 2004, 86.

31 Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Journal Officiel No L012 du 16/01/2001, 0001-0023).

32 Règlement (CE) n° 137/2000 du Conseil, du 29 mai 2000, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale des enfants communs (Journal officiel L 160 du 30.06.2000).

33 Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil 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 (Journal officiel L 338 du 23.12.2003).

34 Livre vert de la commission des communautés européennes du 17 juillet 2006 sur le règlement des conflits de lois en matière de régime matrimonial, traitant notamment de la question de la compétence judiciaire et de la reconnaissance mutuelle (COM(2006) 400 –non publié au Journal Officiel, accessible sur www.eur-lex.europa.eu).

sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux) pourront, le cas échéant, envisager des solutions alternatives à l'application du droit suisse à leur immeuble sis en France: le droit français étend en effet à des époux suisses les effets de la Convention de La Haye précitée, quand bien même la Confédération helvétique n'a pas ratifié cette Convention. Or, cette dernière permet le morcellement du régime matrimonial, même en ce qui concerne un immeuble, à la condition que ce choix (résultant de l'utilisation de l'option réservée à l'article 6 de cette Convention) s'applique à tous les immeubles situés en France. Cette hypothèse particulière ne sera pas étudiée plus avant ici. Son intérêt dans le cas d'espèce et sa mise en œuvre devront être examinés par les avocats et notaires suisses et français des parties.

Ceci étant dit, dans un arrêt confirmatif du 25 janvier 2005,³⁵ la Cour de cassation a rappelé que «la loi du régime matrimonial en détermine les règles de liquidation sauf dans le cas où les époux, capables et maîtres de leurs droits, sont convenus, dans leurs rapports réciproques, d'une liquidation sur des bases différentes». La réserve de la loi d'autonomie des régimes matrimoniaux s'impose donc tant aux parties qu'au juge français. Il appartient ainsi à ce dernier, au besoin avec l'aide des parties, d'appliquer ce droit et d'en rechercher le contenu. Si, par exemple, il devait s'avérer que le juge helvétique a réglé l'ensemble des comptes entre les époux, en vertu du principe de droit suisse de l'unité du jugement de divorce (*cf. infra* 3), le juge français ne pourrait pas rouvrir les opérations mais devrait renvoyer l'affaire au juge suisse du divorce pour qu'il complète son jugement.

b) Le champ limité de la «*lex rei sitae*»

La «*lex rei sitae*» ne détermine que le régime juridique de l'immeuble jusqu'à son partage. C'est ainsi à l'aune de cette loi du lieu de situation de l'immeuble qu'est précisé comment l'indivision immobilière doit être administrée. En revanche, la loi française reconnaît les droits d'un administrateur désigné, par hypothèse, conformément à une loi étrangère. Pour déterminer l'autonomie possible de la volonté des parties, et le pouvoir de disposition qu'elles ont sur le litige qui les oppose, il convient ainsi de déterminer quelles sont les dispositions du droit français, applicables à la matière, qui sont d'ordre public. Précisons d'emblée qu'en matière successorale, les règles impératives sont courantes. Sont d'ordre public, par exemple, dans ce domaine, donc impérativement soumises à la «*lex rei sitae*», la réserve de la loi d'autonomie des régimes matrimoniaux, le cercle des héritiers réservataires, et le montant des réserves des parts successorales. En matière de liquidation et partage matrimonial, en revanche, la loi du lieu de situation de l'immeuble en France ne s'impose pas.

35 Cour de cassation: chambre civile 1 n° 02 –15. 648.

c) L'indifférence à la forme de l'acte local

Il est admis en France que la forme des actes constitutifs ou translatifs de droits réels est soumise à la règle «*locus regis actum*». Toutefois, les actes créateurs ou translatifs de droits réels ne présentent pas suffisamment d'originalité pour être impérativement régis, tant à la forme qu'au fond, par la loi du lieu de situation de l'immeuble, quand bien même ils portent sur des immeubles. Sous réserve du régime particulier qui prévaut en Alsace Moselle (*cf. infra* d)). Il y a ici une divergence fondamentale avec le droit suisse: l'inscription au bureau des hypothèques français n'a pas d'effet constitutif; c'est l'acte à la base de l'inscription qui a des effets réels. On en veut pour preuve que la Cour de cassation, dans un arrêt du 19 novembre 2008, a admis que, selon l'article 819 du Code civil, un partage amiable établi en Tunisie était doté d'effets réels.³⁶

d) La publicité de l'acte

En revanche, les formalités de publicité et d'opposabilité de l'acte sont soustraites à la règle «*locus regis actum*» et relèvent en France de la «*lex rei sitae*». Pour être opposable aux tiers, le transfert de propriété de l'immeuble doit donc être publié au bureau des hypothèques local, équivalent français au registre foncier suisse. Or, seul un acte authentique (soit, en France, un jugement ou un acte notarié), est susceptible d'être publié et de répondre à certaines dispositions impératives en matière de désignation cadastrale, origine de propriété et état civil des parties.

Signalons toutefois, en matière de publicité foncière, le fait que la région d'Alsace Moselle (Départements du Haut Rhin, du Bas Rhin et de la Moselle) connaît un régime particulier issu du droit germanique. Les règles du livre foncier qu'elle en a conservées ressemblent au système que connaît le droit suisse. Les effets de ce régime spécifique sur l'application des règles générales dégagées ici ne sont pas examinés plus avant dans la présente étude.

3. *Unité du jugement de divorce en droit suisse: principe et exceptions; for des exceptions*

Le nouveau droit suisse du divorce de 2000 consacre le principe de l'unité du jugement de divorce:³⁷ tous les effets accessoires (dont la liquidation du régime matrimonial) doivent être réglés dans le jugement prononçant le divorce. A teneur de la

36 Cour de Cassation, Chambre Civile I, n° pourvoi 05-16.203, publié au Bulletin 2008, I, n° 265.

37 BaslerKomm/GLOOR, Art. 112 ZGB, n° 11; FamKomm Scheidung/SCHWENZER., Art. 112 ZGB, n. 15; SPÜHLER, Neues Scheidungsrecht, Zürich 2000, § 14, 76; ATF 113 II 97 consid. 2; arrêts cités par MEIER, dans AJP/PJA 1998, 221, 223, notamment ATF 98 II 341 et SJ 2002 I 276, 277 consid. 3a.

jurisprudence,³⁸ par exception, il est possible de renvoyer la liquidation du régime matrimonial à une autre procédure. C'est à la condition que le résultat de la liquidation du régime matrimonial soit sans influence sur le règlement des autres effets accessoires du divorce (cela ne serait pas possible, par exemple, en présence d'actifs matrimoniaux importants à partager et de revenus insuffisants du débirentier pour permettre de servir un minimum vital au crédientier dans le besoin;³⁹ ni lorsqu'il convient de fixer une indemnité équitable faute de pouvoir partager les avoirs de prévoyance accumulés pendant le mariage,⁴⁰ etc...). Cela dit, en présence de rapports spéciaux entre époux, un renvoi de leur liquidation *ad separatum* peut se justifier.⁴¹ Tel est le cas notamment lorsqu'une longue instruction serait nécessaire ou lorsque les autres questions peuvent être réglées, alors que la liquidation du régime matrimonial s'annonce difficile. Il convient, en effet, de ne pas retarder le prononcé du divorce.⁴² La compétence pour en juger est réservée au juge du divorce, même pour le régime de la séparation de biens.⁴³ En revanche, les prétentions qui n'ont rien à voir avec le principe du divorce ou ses effets accessoires, et les conflits patrimoniaux qui ne concernent en rien la communauté matrimoniale,⁴⁴ ne doivent ni ne peuvent être portés devant le juge du divorce (par exemple, le remboursement d'un prêt consenti

38 Antérieure au nouveau droit SJ 1998, 721 consid. 3a, elle conserve son actualité avec le nouveau droit: Basler-Komm/GLOOR, Art. 112 CC, n° 11; Praxiskommentar Scheidungsrecht/Schwenzer, Art. 112 CC, n. 15.; SPÜHLER, Neues Scheidungsrecht, §. 14, 76.

39 La question pourra même se poser, à notre sens, dans le cadre de la liquidation d'un régime de copropriété entre époux séparés de biens, vu la jurisprudence fédérale posant qu'un époux séparé de biens doté de peu de revenus peut se voir condamner à puiser dans sa fortune pour contribuer à l'entretien de son conjoint divorcé (notamment arrêt du Tribunal fédéral 15.09.2008, 5A_449/2008 paru dans FamPra.ch 2009, 206). Cf. pour une jurisprudence récente intéressante à propos de l'article 126 CC: Arrêt du Tribunal fédéral, 23.4.2008, 5A_664/2007, paru dans FamPra.ch 2008, 954 ss.

40 Cf. pour des exemples: GEISER, Übersicht über die Rechtsprechung zum Vorsorgeausgleich, AJP/PJA 2008, 431 ss.

41 ATF 113 III 40: réalisation de parts de communauté (art. 104 LP) par le créancier gagiste pendant la procédure de divorce.

42 MEIER, AJP/PJA 1998, 221 ss, 223, 224; ATF 98 II 342: cessation de la copropriété existant entre les époux renvoyée *ad separatum*.

43 ATF 111 II 401, abondamment critiqué, cf. notamment MEIER, AJPA/PJA, 1998, 221, 226, en tant qu'il transforme en obligation ce qui était auparavant considéré comme une faculté par le Tribunal fédéral: ATF 109 Ia 53. Jurisprudence non modifiée cependant, voir RJN 2007, 122, 124: «Le principe de l'unité du jugement de divorce n'est pas limité aux effets légaux du divorce ou de la séparation, mais s'étend à toutes les prétentions pécuniaires entre époux, même séparés de biens, nées pendant le mariage, à conditions qu'elles ne soient pas étrangères au divorce. Un for alternatif auprès du juge compétent des conflits patrimoniaux en procédure ordinaire n'est donc ouvert que pour les affaires où seules sont litigieuses des créances qui n'ont aucun rapport avec la communauté matrimoniale (par exemple des créances découlant d'une responsabilité délictuelle) (ATF 111 II cons. 4b)»... «Ces règles sont également applicables sous le nouveau droit du divorce (Arrêt du Tribunal fédéral précité 20.2.2002, 5C_221/2001 cons. 3a)».

44 ATF 111 II 401.

par les parents d'un époux à l'autre, ou les dommages-intérêts fondés sur les articles 41 ss CO, les contrats de mandat, de société simple, de travail, etc.).⁴⁵

Ceci pose la question de savoir, en présence d'un jugement de divorce liquidant le régime matrimonial, si le juge a voulu régler tout ou partie des rapports patrimoniaux noués entre époux. Notamment, en présence d'une copropriété d'immeuble, si tous les rapports financiers entre époux sont réputés avoir été réglés par le jugement, quelle qu'en soit la nature.⁴⁶ Dans la négative, s'il fallait les évoquer en procédure de liquidation de régime matrimonial sous peine de forclusion. Dans le doute, vu le principe de l'unité du jugement de divorce, toutes les prétentions afférentes aux rapports patrimoniaux entre époux sont réputées avoir été réglées dans la liquidation du régime matrimonial, que ce soit dans le procès en divorce ou *ad separatum*. Il n'est donc en principe plus possible d'invoquer après coup des prétentions relevant du régime matrimonial.⁴⁷ Il s'agit cependant de se montrer restrictif à propos du silence d'une partie: pour admettre qu'elle aura renoncé à évoquer des droits en procédure, il convient que ceux-ci soient afférents au régime matrimonial; qu'il n'y ait eu aucune réserve expresse ou découlant des circonstances faite à leur sujet; que le juge ait posé les questions nécessaires et se soit assuré que les faits avaient été établis de manière complète et que les conclusions correspondantes aient été présentées à temps par les parties.⁴⁸

L'hypothèse du renvoi à une procédure séparée de la liquidation des rapports noués entre époux dans le cadre de leur copropriété d'un immeuble pose ainsi la question de la liberté du choix du for de l'action. S'il s'agit, dans les faits, d'un renvoi à une procédure spéciale de la liquidation du régime matrimonial, alors il conviendra de plaider au domicile de l'une des parties (art. 15 al. 1 lit. c la loi fédérale sur les fors en matière civile (LFors) du 24 mars 2000), en réalité devant le juge du divorce.⁴⁹ Si l'on a affaire à un renvoi *ad separatum* d'un conflit qui n'a rien à voir avec la communauté matrimoniale ni avec le principe du divorce ou ses effets accessoires, alors il sera possible de plaider alternativement au lieu de situation du registre foncier auquel un immeuble est immatriculé (si l'action vise au transfert de la propriété foncière ou à la constitution de droits réels limités sur l'immeuble) ou au domicile du défendeur (art 19 al 1 lit a et c LFors). Rappelons qu'il ne s'agit pas d'un for impératif⁵⁰ et qu'en matière internationale, dans la mesure où il s'agit de conflits d'ordre pa-

45 MEIER (Fn. 42), 221, 224 et références doctrinales et jurisprudentielles citées.

46 Cf. à propos de la prétention de nature obligationnelle fondée sur l'article 165 CC, les développements critiques de MEIER (Fn. 42), 221, 226.

47 ATF 108 II 385.

48 MEIER, AJPA/PJA 1998, 221, 226 et références doctrinales citées.

49 Cf. supra note 41.

50 Art. 2 al. 1 LFors, Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur les fors, FF 1999, 2591 ss, 2599, 2603, 2606.

trimonial, les parties sont libres de convenir du for (art. 5 et 6 LDIP) voire même d'un arbitrage (art. 177 al. 1 LDIP).⁵¹

4. *Reconnaissance et exécution en France d'un jugement de divorce suisse ayant des effets réels à propos d'un immeuble français*

Le nouveau droit suisse du divorce de l'an 2000 a servi de modèle à la réforme du droit du divorce en France, régie par la Loi du 26 mai 2004 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005. Elle y consacre donc le principe d'unité du jugement de divorce, respectivement du jugement prononçant la liquidation du régime matrimonial et procédant au partage. Ceci signifie qu'un jugement suisse étendant la liquidation du régime matrimonial au partage des immeubles sis en France sera reconnu en France.

Deux hypothèses sont envisageables:

a) Le divorce par requête commune avec accord complet (art. 111 CC)

Dans le règlement amiable devant le juge suisse, les époux pourront inclure la liquidation et le partage de l'immeuble situé en France. Se posera alors la seule question de la publicité foncière du jugement homologuant leur convention pour opérer les éventuels transferts de propriété ou pour assurer l'opposabilité au tiers du maintien du régime d'indivision dont les parties seraient convenues.

Le notaire français pourra procéder au dépôt en ses minutes du jugement, pour le publier au bureau des hypothèques compétent ou au registre foncier dans la région de l'Alsace Moselle.

b) Le divorce contentieux (art. 112 à 115 CC)

A l'issue d'une procédure de divorce contentieuse, il appartiendra à la partie intéressée de requérir, au lieu de situation de l'immeuble, l'inscription du jugement obtenu au bureau des hypothèques ou au registre foncier d'Alsace Moselle. Faute d'accord de l'autre partie avec cette réquisition, il conviendra de passer par la procédure d'exequatur en France, afin de permettre au notaire requis par la partie intéressée de faire procéder à la publication du jugement comme susmentionné. On rappellera à cet égard que la Convention de Lugano concernant l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 16 septembre 1988, qui prévoit une procédure allégée d'exequatur, a exclu de son champ d'application l'état et la capacité des personnes physiques et les régimes matrimoniaux (art. 1 al 2 ch. 1). Il faudra donc recourir à la procédure d'exequatur usuelle, légèrement plus longue.

Au cours de cette procédure, ni la liquidation du régime matrimonial ni le partage ne seront remis en cause: le juge requis ne statuera que sur les critiques suscep-

51 BUCHER (Fn. 24), n° 448; BaslerKomm IPRG/DUTOIT, Art. 177 ZGB, n° 7; cf. également art. 108 et 112 ss LDIP.

tibles d'être adressées au jugement suisse pour des raisons dirimantes (atteinte à l'ordre public français, procès inéquitable, etc.). A notre sens, dans un contexte franco-suisse, aucune raison tenant à l'ordre public ne devrait empêcher l'exequatur d'un jugement de divorce, comprenant la liquidation et le partage de l'immeuble français, prononcé en Suisse suite à une procédure régulièrement menée.

Deux réserves doivent toutefois être relevées. La Ière chambre civile de la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 28 octobre 1998,⁵² que, pour les époux mariés sous l'ancien régime suisse de l'union des biens, la répartition du bénéfice de l'union conjugale à raison d'un tiers en faveur de l'épouse et de deux tiers en faveur du mari consacrait une discrimination à l'encontre de la seule épouse dans la liquidation. Ce partage des biens de l'union conjugale était, en effet, contraire à l'article 5 du protocole du 22 novembre 1984, numéro 7 à la Convention Européenne des Droits de l'Homme qui s'impose directement au juge français, à qui il appartient de rétablir l'égalité des droits entre les époux. Ceci signifie qu'un jugement de divorce prononçant la liquidation de l'ancien régime matrimonial de l'union des biens ayant des effets concernant un immeuble en France ne serait pas reconnu au stade de l'exequatur, car il serait considéré comme contraire à l'ordre public français.

D'autre part, il convient de savoir qu'une jurisprudence abondante consacre, en France, l'impossibilité d'ordonner, en droit interne, le partage judiciaire d'un immeuble acquis par des époux séparés de biens avec un pacte dit «de Tontine», soit un acte par lequel deux personnes acquérant un bien stipulent que sera réputé propriétaire *ab initio* le survivant. On ignore, à ce stade, si un jugement étranger ordonnant ce partage se verrait opposer la réserve de l'ordre public français, faute de doctrine et de jurisprudence.

Sous ces deux réserves, le jugement d'exequatur obtenu permettra, en principe, la publicité foncière du jugement et du transfert de propriété à celui à qui le juge suisse l'aura attribué, rendant ce transfert opposable aux tiers.

Si les ex-époux en conviennent, ils pourront aussi s'éviter la procédure d'exequatur en déposant ensemble le jugement rendu en Suisse aux minutes d'un notaire français, pour en permettre la publicité foncière et le transfert de propriété.

Dans l'hypothèse où les époux ne seraient pas parvenus à un accord préalable au dépôt de leur demande en justice en Suisse, et où la seule solution qui apparaît possible est de faire procéder à une vente aux enchères publiques afin de permettre le désintéressement de chacun d'eux, alors il conviendra qu'ils prennent des conclusions par devant le juge du divorce suisse susceptibles d'être acceptées par le juge de l'exequatur français.

Afin de mettre le juge suisse dans la même position que le juge français de la liquidation-partage qui ordonnerait la vente de l'immeuble aux enchères publiques, et pour éviter, autant que faire se peut, de rallonger la procédure suisse par une procé-

52 JCP édition générale, 44 II 10175, note VIGNAL.

de vente aux enchères postérieure à l'exequatur en France, il sera conseillé à la partie requérante de faire dresser par un notaire de son choix un cahier des charges exhaustif relatif à l'immeuble à faire vendre. Ce dernier comprendra les règles applicables à la vente aux enchères et précisera le pouvoir de surenchère éventuellement concédé. Ceci fait, la partie entendant requérir la vente aux enchères publiques aura soin de prendre des conclusions judiciaires tendant à faire ordonner la vente aux enchères publiques de l'immeuble précisément désigné. Elle fera aussi désigner le Président de la chambre des notaires du lieu de situation de l'immeuble (avec faculté de délégation) pour procéder à la vente aux enchères publiques selon le cahier des charges joint au jugement de divorce. Cette partie requérante devra également conclure en indiquant à raison de quelles proportions le produit net de liquidation devra être réparti entre les copropriétaires à l'issue de la vente. Cette manière de faire présente l'avantage de permettre à la procédure d'exequatur de n'être qu'une formalité, à la suite de laquelle le notaire délégué par le Président de la chambre des notaires du lieu de situation de l'immeuble pourra procéder à la vente aux enchères sans avoir à requérir la collaboration des parties ou d'un juge. Cela renforce donc la sécurité juridique attachée au jugement suisse.

III. La liquidation du régime matrimonial selon les règles du droit suisse, appliquées plus particulièrement à un immeuble situé en France

1. Introduction

Une fois établi, selon les règles du droit international privé, que le droit suisse est applicable au partage des biens immobiliers détenus en France par les époux, examinons dès lors quelles sont les règles applicables au partage.

Dans ce contexte, il convient de faire quelques remarques préliminaires.

a) Bien immobilier détenu en France par un des conjoints seul

Si le sujet posé pour la présente étude vise principalement un bien immobilier détenu en copropriété, la question se pose également pour un bien immobilier qui serait détenu par l'un des époux seul. En particulier, le régime légal suisse de la participation aux acquêts a pour finalité un partage égal des biens acquis par les deux époux, indépendamment du titre de propriété. La prétention de chaque conjoint n'est pas remise en cause ou amoindrie par le fait qu'il est ou non copropriétaire selon les termes de l'acte d'acquisition.

b) Liquidation partielle ou totale du régime matrimonial ?

Il est fréquent que le bien immobilier soit le seul actif matrimonial expressément mentionné et partagé aux termes du jugement de divorce. Pour les autres biens (no-

tamment avoirs bancaires, véhicules et mobilier), le jugement de divorce ne comporte souvent pas de liquidation de régime matrimonial mais se limite à constater que les époux ont liquidé à leur satisfaction réciproque leur régime matrimonial, par une convention séparée conclue antérieurement à la demande en divorce. Le jugement peut aussi protocoler une déclaration des conjoints reconnaissant qu'ils n'ont aucune prétention matrimoniale à faire valoir, mis à part le partage du bien immobilier.

Ceci ne doit pas faire perdre de vue que la liquidation d'un régime matrimonial est une opération globale, qui se conçoit comme un tout. Ainsi, dans certains cas, une liquidation du régime matrimonial établie distinctement pour le bien immobilier français, isolée des autres biens matrimoniaux, peut aboutir à un résultat contraire aux intérêts de l'un des époux. Il est par exemple possible, qu'en partageant les avoirs bancaires, l'épouse se trouve débitrice envers son mari d'une somme en espèces, tout en étant, à raison du bien immobilier français, titulaire d'une créance à raison de l'investissement effectué en faveur de son mari (art 206 CC). Séparer ces deux opérations peut aboutir à priver l'un des conjoints de la possibilité de compenser ces deux prétentions. Les auteurs de la présente contribution déconseillent, pour ce motif, de scinder les opérations de liquidation, ce d'autant qu'il est possible d'agir autrement (*cf. supra* II.3, pour les risques présentés par le renvoi *ad separatum* de la liquidation du régime matrimonial).

c) Régime des biens des couples «partenaires» homosexuels:

Rappelons que la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (Loi sur le partenariat, LPart) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007. Elle permet aux couples de même sexe de contracter une union dont les effets sont similaires au mariage des couples hétérosexuels. A défaut de convention spécifique, c'est un régime matrimonial de séparation de biens qui s'applique. Par acte notarié, les partenaires peuvent aussi adopter le régime de la participation aux acquêts (art. 196 à 219 CC), applicable par un simple renvoi aux règles du Code civil (art. 25 LPart).

Aujourd'hui, en France, un partenariat enregistré suisse ne peut pas produire des effets analogues à un PACS français. Les intéressés souhaitant bénéficier des mêmes effets (notamment fiscaux) qu'un PACS seront alors contraints de rompre le partenariat enregistré pour pouvoir signer un PACS et bénéficier en France des droits y afférents. C'est le motif pour lequel le Médiateur de la République française a publié un communiqué le 23 février 2009, invitant à l'introduction dans le Code civil d'une règle de conflit de lois, comme pour le mariage, reconnaissant que ces partenariats étrangers sont soumis aux règles de fond et de forme de la loi du lieu d'enregistrement. Il est rappelé, en effet, que, conformément aux règles de droit international privé français, la loi étrangère sera écartée si elle est contraire à l'ordre public français.

Or, c'est au stade de l'exequatur du jugement liquidant le régime matrimonial des partenaires enregistrés de droit suisse que sera examinée la question de la conformité du jugement à l'ordre public français (*cf. supra* II.4). Faute de jurisprudence à ce sujet, il est fortement recommandé de prendre conseil auprès d'un notaire français pour régler les effets patrimoniaux de la dissolution d'un tel partenariat, comprenant une nécessaire liquidation des droits de copropriété sur un immeuble situé en France, avant que d'initier une quelconque action en Suisse.

d) Biens immobiliers détenus en société civile immobilière (SCI) de droit français

C'est un fait bien connu que de nombreux biens immobiliers situés en France sont détenus sous forme de participation dans une société civile immobilière (SCI) de droit français. Cette particularité reste sans incidence quant aux règles applicables aux rapports patrimoniaux entre les époux; en particulier le droit suisse des régimes matrimoniaux ne fait pas de distinction entre les biens mobiliers et immobiliers. Cette considération vaut en particulier dans le contexte du calcul de créances variables du régime de la participation aux acquêts (art. 206 et 209 CC).

Ceci dit, la liquidation des rapports patrimoniaux d'époux associés dans une SCI nécessite une consultation préalable des statuts de cette société, pour savoir à quelles conditions il est possible d'en sortir ou de céder ses parts. En effet, de manière générale, un associé ne peut pas exiger que la SCI se sépare de l'immeuble qu'elle détient. D'autre part, il est nécessaire de faire estimer la valeur vénale actuelle de l'immeuble détenu par la SCI, dès lors que toute décision relative à l'avenir de l'immeuble aura un impact fiscal sur la valeur vénale de celui-ci. C'est à l'aide d'un notaire et d'un avocat français que seront déterminées, de manière préalable au dépôt de toute action judiciaire en Suisse, les démarches qu'il est possible d'effectuer en France, pour trouver une solution raisonnable au problème.

2. Régimes matrimoniaux déterminants

Nous évoquerons ici les régimes matrimoniaux les plus couramment appliqués en Suisse: le régime de la participation aux acquêts et celui de séparation de biens. Nous laisserons de côté le régime de la communauté des biens (art. 221 à 246 CC); si peu usité en Suisse que sa suppression a même été envisagée par le Conseil fédéral lors des travaux préparatoires de la loi fédérale sur le partenariat enregistré.⁵³

⁵³ Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe du 29.11.2002, FF 2003, 1220 ss.

a) Régime matrimonial de la séparation de biens (art. 247 à 251 CC)

C'est le régime matrimonial qui s'applique aux époux qui l'ont choisi par la signature d'un contrat de mariage établi en la forme authentique (art. 181 et 184 CC).

C'est également le régime matrimonial dit «extraordinaire» que la loi applique aux époux séparés de corps (art. 118 al. 1^{er} CC) ou par suite d'un jugement (art. 185 CC). A noter que le prononcé de la séparation de corps n'a pas pour effet de soumettre les époux au régime de la séparation des biens avec effet rétroactif au jour du mariage; il suppose au contraire la liquidation du régime matrimonial antérieur selon les règles ordinaires. Cela a pour conséquence de préserver les prétentions matrimoniales des époux, en particulier celles issues de la participation aux acquêts.⁵⁴ La dissolution du mariage rétroagit au jour de la demande et c'est donc à cette date que les comptes doivent être établis (art. 204 al. 2 CC). Ainsi, le prononcé d'une séparation de corps antérieur au divorce ne prive pas les époux du bénéfice de la liquidation du régime de la participation aux acquêts à raison de l'ensemble de leurs biens.

Dans le régime de la séparation des biens, chaque époux est seul propriétaire de ses biens (art. 247 CC) et répond seul de ses dettes (art. 249 CC). Il n'y a pas de partage de bénéfice en cas de divorce ou de décès, ce qui rend inutile un décompte des biens acquis avant ou après mariage, ou selon qu'ils aient été acquis à titre gratuit ou onéreux.⁵⁵

La loi ne prévoit pas une participation à la plus-value pour les prêts consentis entre époux pour l'acquisition d'un bien (contrairement à la solution retenue par la loi en cas de régime de la participation aux acquêts, art. 206 CC)⁵⁶. Rien n'empêche toutefois que soit appliquée une convention passée par les époux lors de l'acquisition et qui prévoirait une participation à la plus-value en faveur du créancier.⁵⁷

A défaut d'indication contraire, notamment dans l'acte d'acquisition, les biens sont présumés appartenir aux deux époux par moitié chacun (art. 248 al. 2 CC). En pratique, ce sont les parts de copropriété indiquées dans l'acte notarié qui font foi.

Ainsi, en présence d'un tel régime matrimonial, il n'y a pas de liquidation de régime matrimonial à opérer. En revanche, demeure réservé le remboursement des det-

54 WERRO, Concubinage, mariage et démariage, Bern 2000, 200 et DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, Les effets du mariage, Bern 2000, 360.

55 BADDELEY/TERRIER, Droit patrimonial de la famille, Problèmes choisis de liquidation du régime matrimonial, Zürich 2004, 143.

56 HAAS, La créance de plus-value et la récompense variable dans le régime de la participation aux acquêts, Zürich 2005, 1 avec mention de l'arrêt du Tribunal fédéral du 2.10.2001, 5C.137/2001, FamPra.ch 2002, 118 ss.

57 Message du Conseil fédéral du 11.7.1979 concernant la révision du code civil suisse (Effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions), FF 1979, 1179 ss et DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (Fn. 54), 726.

tes entre époux provenant de conventions, notamment de prêts (ou plus rarement les prétentions issues de l'application des dispositions légales relatives aux effets du mariage, notamment une éventuelle indemnité équitable ensuite de contribution particulière selon l'article 165 CC⁵⁸).

b) Régime matrimonial de la participation aux acquêts (art. 196 à 220 CC)

C'est le régime matrimonial légal, qui s'applique en particulier à tous les époux qui n'ont pas conclu de contrat de mariage (art. 181 CC).

Le fonctionnement de ce régime est simple: il consiste à prévoir un partage des acquêts lors de la dissolution du mariage, par opposition aux biens propres des époux qui sont exclus du partage. Durant le mariage, chaque époux reste seul propriétaire de ses biens, il en a seul la jouissance et l'administration.⁵⁹

L'article 197 CC définit les acquêts comme étant les produits du travail, les sommes versées par les institutions de prévoyance, les dommages et intérêts dus ensuite d'une incapacité de travail et les revenus des biens propres. Les biens propres⁶⁰ sont constitués principalement des biens reçus à titre gratuit (héritage et donation) et les biens apportés lors du mariage (sans oublier les effets personnels et les créances en réparation du tort moral).

La loi prévoit une présomption en faveur des acquêts: à défaut de preuve, tout bien est présumé appartenir à la masse des acquêts (art. 200 al. 3 CC). C'est ainsi qu'en pratique, et pour simplifier, on détermine les acquêts comme étant tous les biens des époux après déduction principalement des donations, des héritages et les biens apportés au jour du mariage.

Cette masse d'acquêts est répartie en deux parts égales (art. 215 al. 1 CC).

Dès lors, le partage des biens dans un tel régime matrimonial implique successivement:⁶¹

1. de distinguer ce qui appartient respectivement à chaque époux,
2. de distinguer pour chaque époux ce qui revient à ses acquêts et à ses biens propres,
3. de déduire le montant des acquêts qui appartient à chacun des époux,
4. de déterminer après compensation le montant revenant à chaque époux.

58 BADDELEY/TERRIER (Fn. 55), 143. Cf. également à ce sujet, la jurisprudence du Tribunal fédéral et les critiques de MEIER citées *supra* ad II.3.

59 Art. 201 al. 1 CC.

60 Art. 198 CC.

61 DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (Fn. 54), 507 ss, ainsi que des cas d'illustration de cette méthode figurant dans BADDELEY/TERRIER (Fn. 55), 121 ss.

Exemple:

	Monsieur	Madame
Avoirs bancaires	150000	100000
Bien immobilier	500000	500000
Total	650000	600000
Dont à déduire		
Biens propres	150000	Néant
Acquêts	500000	600000
Part revenant au conjoint (½)	-250000	-300000
	+300000	+250000
Part des acquêts	550000	550000
Récapitulatif des parts		
Biens propres	150000	Néant
Acquêts	550000	550000
Total des droits lors de la liquidation	700000	550000

3. *Application des dispositions légales du régime matrimonial de la participation aux acquêts aux investissements immobiliers*

L'investissement des époux est souvent inégal lors de l'acquisition d'un bien immobilier. En particulier, les époux s'accordent fréquemment pour se porter acquéreurs à concurrence d'une part de moitié chacun, même si leurs mises de fonds ne correspondent pas. Dans ce contexte, il est toujours fait application du principe qui veut qu'une donation ne se présume pas. Ainsi, à défaut de pouvoir faire la preuve d'une donation, le conjoint ayant bénéficié d'une avance se trouve débiteur de son époux lors de la liquidation du régime matrimonial.⁶²

Par ailleurs, l'acquisition d'un bien en cours de mariage peut être réalisée par d'autres biens que les acquêts, notamment par emploi d'un héritage.⁶³

Dans un pareil cas, comment répartir ces différents investissements lors de l'établissement des comptes d'acquêts de chaque époux ? Comment, notamment, répartir entre les époux les importantes plus-values immobilières couramment réalisées dans le domaine de l'immobilier⁶⁴?

62 STEINAUER, La jurisprudence récente du Tribunal fédéral relative aux articles 206 et 209 CC, *Succesio* 2/08, 100, en particulier note 27 et BADDELEY/TERRIER (Fn. 55), 122.

63 Art. 198 ch. 4 CC.

64 Rappelons que l'article 211 CC exige que les biens matrimoniaux soient estimés à leur valeur vénale au moment de la liquidation, dans le régime de la participation aux acquêts. En Suisse, la valeur des immeubles construits se calcule en combinant la valeur réelle et la valeur de rendement; une évaluation

La présente étude n'a pas pour objet de présenter l'ensemble des dispositions légales et des principes développés par la jurisprudence et la doctrine.⁶⁵ Nous mentionnerons trois règles fondamentales et un arrêt récent du Tribunal fédéral pour éclairer le sujet traité.

a) Statut unique d'un bien

Dans le régime de la participation aux acquêts, un bien ne peut appartenir qu'à une seule masse, soit celle dans laquelle entre la plus grande part du bien.⁶⁶ Cela signifie qu'il convient d'examiner quelle masse de biens a contribué en majeure partie à l'acquisition dudit bien, pour conclure au rattachement de ce bien à cette masse. Le rattachement du bien à cette masse ne change pas, même s'il s'agit d'un terrain nu sur lequel, par la suite, sont effectuées des constructions, dont la valeur excède celle du fonds nu.⁶⁷

b) Participation à la plus-value en cas de prêts

La contribution d'un époux à l'acquisition d'un bien par son conjoint fait naître en sa faveur une créance dite variable, qui bénéficie d'une plus-value en proportion de sa contribution à l'acquisition (art. 206 al. 1^{er} CC).

Exemple: Madame fait l'achat, à son seul nom, d'un appartement durant le mariage. C'est Monsieur qui lui prête la totalité des fonds propres, Fr. 200 000.-. Lors de la liquidation du régime matrimonial, on constate une plus-value de 50 %. Monsieur a droit non seulement au remboursement de sa créance, mais également à une participation à raison de la plus-value réalisée par son épouse, à concurrence de 50 % de Fr. 200 000.-. Au total Monsieur reçoit donc Fr. 300 000.- (Fr. 200 000.- + Fr. 100 000.-).

Notons que cette réglementation légale n'est pas impérative, les époux étant libres de l'écartier ou de la modifier à leur convenance.⁶⁸ Il faut dès lors établir une convention écrite (art. 206 al. 3 CC).

tion prépondérante ou exclusive à la valeur de rendement est raisonnable lorsque, dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial, le propriétaire n'entend pas aliéner le bien à long terme: arrêts du Tribunal fédéral, 6.11.2008, 5A_251/2008/5A_276/2008. Cette valeur, qui peut être plus basse que le prix du marché, risque de poser des problèmes fiscaux en France: en présence de litige entre époux, l'administration peut procéder à un redressement de valeur mais non à une requalification, faute d'existence d'une intention de gratifier. En présence d'un jugement prononcé suite à un accord, elle peut requalifier l'acte et percevoir des droits sur la donation qu'elle estime intervenue. (cf. *infra* IV).

65 Voir sur ce point une analyse complète en 21 principes dans STEINAUER, *Successio* 2/08, 93 ss.

66 DESCHENAUX/STEINAUER, *Le nouveau droit matrimonial*, Bern 1987, 255, 257; arrêt du Tribunal fédéral 5C.73/2005, du 14.10.2005; STEINAUER, *successio* 2/2008, 93ss, 96; ATF 132 II 146.

67 ATF 132 III 146.

68 ATF 131 III 252, JT 2005 I 354.

c) Financement de l'acquisition par des biens provenant à la fois de biens propres et d'acquêts

Il ne s'agit plus ici de prêt entre époux, mais d'une acquisition que l'un des époux finance en partie par des biens propres et en en partie par ses propres acquêts.

L'article 209 alinéa 3 CC prévoit que «lorsqu'une masse a contribué à l'acquisition, à l'amélioration ou à la conservation de biens appartenant à l'autre masse, la récompense, en cas de plus-value ou de moins-value, est proportionnelle à la contribution fournie et elle se calcule sur la valeur de ces biens à la liquidation ou à l'époque de leur aliénation.»

Exemple: Monsieur et Madame font ensemble l'acquisition d'un bien immobilier, en mettant chacun des fonds propres identiques de Fr. 250 000.–chacun. Il se trouve que l'investissement de Madame provient pour Fr. 50 000.– ($\frac{1}{5}$ ème de ses Fr. 250 000.–) d'un héritage, le solde des fonds propres des deux époux provenant en totalité de leurs économies respectives. Selon cet article 209, lors de la liquidation du régime matrimonial, le bien immobilier sera compté parmi les acquêts de chaque conjoint. Toutefois, une créance de récompense de Fr. 50 000.– sera déduite des acquêts de Madame au profit de ses biens propres. En cas de variation de la valeur vénale au moment de la liquidation, cette créance est variable à la hausse (comme la créance de l'article 206 alinéa 1^{er}) mais aussi à la baisse (contrairement à cette même disposition).⁶⁹

d) Le calcul des plus-values

La jurisprudence a souvent eu l'occasion de préciser la portée de ces dispositions légales et le mode de calcul. Il convient de citer ici un arrêt récent, très didactique, du Tribunal fédéral, daté du 29 février 2008 (5A_3112/007),⁷⁰ qui met en application bon nombre des différents principes. Citons en particulier les principes de calculs suivants:

Prise en compte des frais d'acquisition: la valeur initiale retenue pour la participation à la plus-value ne comprend pas seulement le prix d'achat, mais également les frais d'acquisition (droits de mutation, émoluments du registre foncier et honoraires du notaire) et ce, tant pour l'acte de vente que pour l'acte hypothécaire permettant de financer l'achat. D'éventuels frais d'actes hypothécaires postérieurs à l'achat ne peuvent être pris en compte que s'il est établi que la valeur de ce prêt a été affectée directement au bien immobilier (amortissement de la dette ou travaux de plus-value). Quant au prix de vente, on en déduira les éventuels frais de courtage, les taxes et les impôts sur les plus-values immobilières, s'il est certain ou vraisemblable que l'im-

69 DESCHEAUX/STEINAUER/BADDELEY (Fn. 54), 554.

70 FamPra.ch 2008, 627.

meuble faisant partie du patrimoine matrimonial sera aliéné après la liquidation du régime matrimonial.⁷¹

Non prise en compte des travaux de plus-value effectués après l'acquisition: le calcul de la plus-value déterminante s'effectue en isolant les travaux de plus-value ajoutés après l'acquisition. Une plus-value liée à des aménagements ultérieurs à l'achat (par exemple l'agrandissement d'une maison) n'entre pas en compte pour le calcul des créances variables. En d'autres termes, on ne prend en compte que les seules plus-values conjoncturelles, par opposition aux plus-values liées à des investissements.

L'amortissement de la dette hypothécaire: cet amortissement consenti par le conjoint du débiteur en cours de mariage (amortissement unique) est assimilé à une contribution faite lors de l'achat; c'est-à-dire qu'il bénéficiera de la plus-value réalisée entre l'époque de l'amortissement et le moment de l'aliénation.

On peut signaler dans ce contexte la prise en compte des amortissements périodiques d'une dette hypothécaire de son conjoint (paiement d'annuités), en cas de liquidation avec partage de plus-value. Il est impossible en pareille hypothèse de considérer chacune des annuités pour elle-même, bénéficiant chacune d'une plus-value distincte. Il est d'usage de considérer une valeur moyenne globale pour toute la durée de toutes les annuités. Prenons le cas d'un époux qui aura versé des annuités pour un total de Fr. 400000.–durant une période de 20 ans, l'immeuble présentant une plus-value de 50 % lors de la liquidation. Ce conjoint pourra demander dans la liquidation non seulement le remboursement en sa faveur du montant nominal des annuités avancées (Fr. 400000.–), mais aussi une part à la plus-value calculée sur un montant moyen de Fr. 200000.–, donc une plus-value de 50 % représentant Fr. 100000.–. La créance variable s'élève au total à Fr. 500000.–.⁷²

e) Le calcul des plus-values en cas de financement hypothécaire en France

La pratique des banques françaises des «prêts à échéances constantes» pose problème, s'agissant de retranscrire la règle relative à l'amortissement de la dette hypothécaire (*cf. supra* III.3.4.0). Dans ce type de contrat de prêt hypothécaire, les paiements sont chronologiquement et successivement imputés par la banque en premier lieu sur le total des intérêts calculés pour toute la durée du prêt, avant d'être imputés sur le remboursement du prêt lui-même. Il résulte de cette construction que le montant des amortissements dont peut se prévaloir le débiteur n'est pas proportionnel à la durée du contrat. En particulier, le raisonnement appliqué pour les amortissements périodiques doit être adapté pour tenir compte des paiements imputés par la banque à titre de remboursement (et non pas au titre de paiement des intérêts), et donc du solde effectif de la dette qui doit être pris en charge par l'époux reprenneur.

71 ATF 121 II 304.

72 DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (Fn. 54) et STEINAUER, *successio* 2/2008, 95.

4. *Les aspects fiscaux suisses à insérer dans les calculs de liquidation*

Les frais de transfert comprennent généralement les droits de mutation dus à raison du partage immobilier intervenu entre les époux, les émoluments du registre foncier (en cas d'immeuble en Suisse) ainsi que les éventuels frais et honoraires des mandataires (en particulier notaires et avocats). A titre d'exemple, on peut estimer à Genève ces frais à 1 % de l'actif matrimonial brut.

Mentionnons ici qu'en Suisse, les droits de mutation font partie des compétences réservées aux cantons. La Conférence suisse des impôts a établi en 2003 un inventaire des différents systèmes cantonaux (www.estv.admin.ch/f/dokumentation).

Les émoluments du registre foncier, eux, varient également d'un canton à l'autre.

Quant à la taxation des plus-values immobilières, la loi fiscale (art. 12 al. 3 lit. b de la Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID)) prévoit le principe de l'imposition différée des éventuelles plus-values immobilières réalisées à l'occasion de la liquidation du régime matrimonial. Ce principe s'impose à tous les cantons suisses. L'idée est bien sûr de neutraliser l'opération du point de vue fiscal pour éviter de pénaliser des époux lors d'un changement de leur situation personnelle. Il doit s'agir d'un transfert de propriété lié à leur régime matrimonial ou à un cas de dédommagement de contributions extraordinaires d'un époux à l'entretien de la famille (art. 165 CC) ou encore de prétentions découlant du droit du divorce. Rappelons qu'en cas de régime de séparation des biens il n'y a pas à proprement parler de liquidation de régime matrimonial; face à un tel régime, un transfert ne peut donner droit à la prorogation qu'en cas de dédommagement de contributions extraordinaires ou de prétentions découlant du droit du divorce.

Le principe de la prorogation de l'impôt a pour corollaire la nécessité de prendre en compte l'impôt sur les bénéfices immobiliers qui sera dû par l'époux reprenneur s'il est certain qu'il procèdera à la vente du bien immobilier peu après le transfert à son nom. Dans cette hypothèse, on ne voit pas en effet pour quelle raison c'est l'époux reprenneur qui devrait supporter seul le montant ainsi prorogé. Pour éviter une telle situation, la charge fiscale latente sera prise en compte lors du calcul des montants dus entre les époux.⁷³

5. *Illustration:*

Nous examinerons un même état de fait mais en appliquant successivement les règles de la participation aux acquêts puis du régime de la séparation des biens.

73 Cf. également ATF 121 II 304.

Monsieur et Madame acquièrent en copropriété pour moitié chacun un bien immobilier en 1998, pour le prix de 1 000 000.–. Le financement s'établit ainsi:

1. Les fonds propres s'élèvent à 200 000.–, dont Madame apporte 125 000.– (héritage de ses parents) et Monsieur 75 000.– (économies faites en cours de mariage). Le solde est financé par un prêt hypothécaire de 800 000.–. Ils paient les frais d'achat de 5 % au moyen de leurs économies.
2. Pendant le mariage ils amortissent régulièrement leur prêt hypothécaire à l'aide de leurs revenus de sorte que le prêt diminue de 80 000.– pour présenter en 2009 un solde de 720 000.–.
3. La liquidation du régime matrimonial intervient en 2009 alors que l'immeuble, bénéficiant d'une plus-value de conjoncture, vaut maintenant 1 500 000.–.
4. Nous partons du principe que ce bien immobilier représente l'essentiel des actifs du couple; il n'y a pas d'autres biens à partager.

a) Régime de la participation aux acquêts

Présentation des comptes lors de l'acquisition:

	Biens propres Mme	Acquêts Mme	Biens propres M	Acquêts M	Total
Selon acte d'achat	100 000			100 000	200 000
Contributions entre époux	+25 000			-25 000	
Total des fonds propres	125 000			75 000	200 000
Dette hypothécaire	400 000			400 000	800 000
Total acquisition	525 000			475 000	1 000 000

Calcul de la plus-value:

Rappelons qu'il s'agit de prendre en compte les coûts d'acquisition, les frais de courtage et tous les frais liés à la vente envisagée. Pour simplifier nous n'intégrerons que les frais d'achat.⁷⁴

En résumé: coût lors de l'acquisition: 1 000 000.–, dont à ajouter les frais d'acquisition 5%, soit un total de 1 050 000.–. En prenant une valeur à la liquidation de 1 500 000.–, le coefficient est de $1\,500/1\,050 = 1,4285714$.

⁷⁴ Arrêt du Tribunal fédéral, 29.2.2008, 5A_311/2007, FamPra.ch 2008, 627.

Présentation des comptes lors de la liquidation du régime matrimonial:

	Biens propres Mme	Acquêts Mme	Biens propres M	Acquêts M	Total
Valeur du bien	750000			750000	1 500 000
Contributions entre époux					
a) capital	+25 000			-25 000	
b) part à plus-value selon 206 CCS (25 000 × 0,4285714)	+10 715			-10 715	
Récompense pour les acquêts de Mme ensuite de l'amortissement ¹					
a) capital	-40 000	+40 000			
b) part à plus-value selon 209 al. 3 CCS (½ × 40 000 × 0,4285714, cf. note 60)	-8 571	+8 571			
Dette hypothécaire	-360 000			-360 000	-720 000
Valeur nette					780 000
Répartition entre les époux:	377 144	48 571		354 285	780 000

Présentation des comptes lors de la liquidation du régime matrimonial:

	Droits de Mme	Droits de M	Total
Biens propres	377 144,—		
Acquêts Mme (2 × ½)	24 285,50	24 285,50	48 571
Acquêts M (2 × ½)	177 142,50	177 142,50	354 285
Total	578 572,—	201 428,—	780 000

b) Régime de la séparation des biens

Le prêt qui a permis à Monsieur de compléter ses fonds propres est pris en compte mais sans participation à la plus-value en faveur de son épouse (la participation à plus-value prévue à l'article 206 ne s'appliquant pas en dehors du régime de la participation aux acquêts, sauf convention écrite). Il n'y a pas non plus à tenir compte des amortissements par Madame de la dette hypothécaire par ses revenus, puisqu'il n'y a désormais qu'une seule masse de bien pour chaque époux.⁷⁶

⁷⁵ A noter que le paiement des intérêts par les acquêts en faveur des biens propres ne donne pas lieu à récompense, voir explication dans DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (Fn. 54), 558

⁷⁶ BADDELEY/TERRIER (Fn. 55), 143.

Présentation des comptes lors de la liquidation du régime matrimonial:

	Part de Mme	Part de M	Total
Valeur du bien	750 000	750 000	1 500 000
Contributions entre époux			
a) capital	+25 000	-25 000	
b) part à plus-value	néant	néant	
Dettes hypothécaires	-360 000	-360 000	-720 000
Répartition entre les époux:	415 000	365 000	780 000

c) Comparaison des deux résultats

En cas de participations aux acquêts, Madame a une prétention de 578 572.– qui diminue à 415 000.– en cas de séparation des biens. La différence s'explique par le fait que, selon régime légal, Madame a droit au partage de la plus-value réalisée par son époux. En cas de séparation des biens, mis à part le remboursement nominal des avances entre époux, il n'y a pas d'autres règles que la reprise des droits acquis par chacun des conjoints. Ainsi, l'époux impécunieux est ici favorisé par le régime matrimonial de la séparation de biens qui ne l'oblige pas à verser une participation à la plus-value en plus du remboursement du nominal.

6. Particularités liées à la présence d'un immeuble sur territoire français

Pour simplifier, il nous a paru utile de distinguer deux hypothèses lors du partage des biens des époux. Dans le premier cas, les époux ont passé un accord global et, dans le second cas, les époux sont en litige.

a) Les époux ont passé un accord global

aa) Le bien immobilier sis en France est l'actif principal des époux, les autres actifs, notamment ceux en Suisse, étant peu significatifs et liquidés informellement par les conjoints

La meilleure formule consiste à conclure en France, avant le prononcé du divorce en Suisse, un acte de partage partiel du bien immobilier français, dressé par un notaire français et conclu «sous condition suspensive du prononcé du divorce en Suisse».

Cet acte notarié déterminera la valeur de l'immeuble retenue par les époux et cette valorisation permettra aux époux de déterminer, pour chacun d'eux, les coûts de cette opération, les soultes et les conséquences fiscales du mode de partage retenu.

Il sera indispensable de contacter le créancier hypothécaire pour s'assurer de son accord avec l'éventuelle reprise de dette par l'un des deux époux. On fera de

même avec la compagnie d'assurance qui couvre le risque décès et invalidité des emprunteurs, afin de garantir la couverture du solde entier de l'emprunt repris par l'époux attributaire.

C'est bien entendu le notaire français qui sera en mesure de donner tous ces renseignements. Il fournira également un état mis à jour des inscriptions au bureau des hypothèques, respectivement au registre foncier en Alsace Moselle.

Cet acte de partage partiel étant conclu, une copie certifiée conforme sera délivrée par le notaire à ses clients.

Cette copie authentique sera mentionnée dans le jugement du divorce prononcé en Suisse. Ce dernier donnera acte aux époux de leur accord avec le transfert de la propriété immobilière à l'époux attributaire, dès le prononcé du jugement de divorce et conformément aux conclusions concordantes des parties.

Une fois le jugement de divorce prononcé, une copie certifiée conforme (munie d'un certificat de non appel prouvant son entrée en force), sera établie avec une apostille de La Haye, afin d'attester la véracité de la signature et la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi. Le notaire français pourra constater la réalisation de la condition suspensive (soit le divorce prononcé en Suisse, *cf. supra* aa)) et sera dès lors en mesure de faire publier l'acte de partage au bureau des hypothèques sans autre forme de procès.

- bb) Les époux possèdent des biens de part et d'autre de la frontière, et la liquidation de leurs rapports patrimoniaux suppose un partage global de leurs biens

Le mode de faire sera le même que sous chiffre aa) ci-dessus, avec l'ajout suivant.

En présence de biens situés de part et d'autre de la frontière, une convention comportant la liquidation globale du régime matrimonial devra être établie par les conjoints. Ce contrat peut, en Suisse, être passé par les époux sous la forme d'une convention sous seing-privé. Cette convention sera soumise pour ratification au juge du divorce en annexe à leur requête commune en divorce avec accord complet (art. 111 CC)⁷⁷. Ce contrat peut aussi être passé par acte authentique, c'est-à-dire par un contrat de mariage⁷⁸ conclu en Suisse, comportant adoption du régime de la séparation des biens et liquidation du régime matrimonial antérieur.

A cette convention de liquidation de régime matrimonial, sera joint l'acte de partage partiel du bien immobilier situé en France. Cet acte, établi par un notaire fran-

⁷⁷ Pour éviter une révocation de la convention de divorce, toujours possible dans le cadre de l'article 111 al. 2 CC, les époux prudents seraient bien avisés de faire revêtir à leurs accords la forme authentique du contrat de mariage, au vu du récent arrêt du Tribunal fédéral, 25.11.2008, 5A_372/2008.

⁷⁸ En vertu du principe de mutabilité du régime matrimonial: art. 187 al. 1 CC. Attention, cela n'est pas possible de la même manière en France.

çais, aura été conclu sous la condition suspensive du prononcé du divorce en Suisse (*cf. supra* aa).

Le montant des soultes fera l'objet d'un calcul global, tenant compte de l'ensemble des biens des époux et selon un taux de change convenu et définitif (avec comme corollaire l'avantage de ne pas se retrouver avec deux créances, l'une en francs suisses et l'autre en euros, avec un taux de change variable). Il sera ainsi possible de tenir compte de l'imposition globale des actes des deux côtés de la frontière dans le calcul de compensation des soultes.

b) Les époux sont en litige

Dans l'hypothèse dans laquelle aucun accord n'est envisageable entre époux, l'époux requérant le divorce sera bien inspiré de prendre contact au préalable avec un notaire français pour rassembler la documentation nécessaire au calcul de la liquidation de son régime matrimonial, faire estimer la valeur vénale actuelle de l'immeuble litigieux et faire chiffrer les conséquences financières liées à la cessation du régime de copropriété en France (frais d'acte, droits d'enregistrement, droits de partage et autres impôts applicables). Ces informations permettront à un notaire et/ou avocat suisse de déterminer le résultat prévisible de la liquidation de son régime matrimonial, y compris la cessation et la liquidation des rapports de copropriété portant sur l'immeuble français.

Cette démarche lui permettra de chiffrer le coût prévisible de la procédure de divorce et de liquidation du régime matrimonial avant de déposer une quelconque action en justice.

Dans l'hypothèse où il disposerait de la surface financière nécessaire à assurer tant le coût de la procédure contentieuse que l'attribution préférentielle de la propriété de l'immeuble sis en France, le plaideur- et le juge à sa suite- aura également soin de se munir des attestations nécessaires indiquant que les créanciers hypothécaires et l'assureur risque (invalidité et décès) acceptent qu'il reprenne l'emprunt hypothécaire et l'assurance à son seul compte.

Enfin, s'il devait s'avérer que la reprise du bien en propriété exclusive est par trop onéreuse pour le plaideur, il aura soin de se munir de tous documents exigés par le notaire français pour lui permettre de procéder à la vente aux enchères du bien à laquelle il conclura dans le divorce (*cf. supra* II.4.b))

IV. Les aspects fiscaux français à insérer dans les calculs de liquidation

Le présent paragraphe ne traitera que de la liquidation des biens indivis ou communs entre époux. Le problème du transfert de propriété d'un bien appartenant en propre à un époux, à l'autre époux, ne fera donc l'objet d'aucun développement dans la présente publication.

En outre, l'attention du lecteur est une nouvelle fois attirée sur les particularités qui peuvent exister dans la région d'Alsace Moselle (Départements du Haut Rhin, du Bas Rhin et de la Moselle).

1. Présentation générale

En matière de partage, le Code Général des Impôts (ci-après C.G.I.) comporte un régime de droit commun et un régime spécial.

a) Régime de droit commun

L'article 746 du C.G.I. prévoit que les partages de biens meubles et immeubles entre copropriétaires, cohéritiers et coassociés, à quelque titre que ce soit, pourvu qu'il en soit justifié, sont soumis à un droit d'enregistrement ou à une taxe de publicité foncière de 1,10 %.

Toutefois, selon les dispositions de l'article 747 du C.G.I., lorsque le partage comporte une soulte ou une plus-value, l'impôt sur ce qui en est l'objet est perçu au taux prévu pour les ventes au prorata, le cas échéant, de la valeur respective des différents biens compris dans le lot grevé de la soulte ou de la plus value. En contrepartie, le montant des soultes ou plus-values est déduit de l'actif net partagé pour la liquidation du droit de partage.

Le droit de partage est perçu sur un actif net. Dans un cadre international, si le partage ne concerne que des immeubles situés en France, ne pourra *a priori* venir en déduction de l'actif taxable qu'un «passif français» (*i.e.* ayant un lien avec l'actif partagé, typiquement le capital restant dû sur un prêt bancaire ayant permis de procéder à l'acquisition ou à des travaux sur le bien).

Illustrons cette double règle par un exemple.

Deux concubins sont propriétaires en indivision et par égales parts de deux appartements estimés chacun à 500.000 €.

Actif à partager: 1.000.000 €.

Droits de chacun dans la masse (½): 500.000 €.

Si chacun des deux concubins entend se faire attribuer l'un des appartements, chacun reçoit dans la masse à partager un lot (consistant en un appartement) d'une

valeur égale à ses droits dans la masse et le droit de partage est donc perçu sur l'actif partagé: $1.000.000 \text{ €} \times 1,10 \% = 11.000 \text{ €}$.

Si, à l'inverse, les concubins conviennent que l'un des deux deviendra propriétaire des deux appartements, à charge pour lui de verser à l'autre une indemnité (soulte) d'un montant de 500.000 €, la taxation sera sensiblement différente (article 747 C.G.I.).

L'administration considère en effet, qu'à concurrence de 500.000 €, l'opération s'analyse alors comme une vente, taxable en principe⁷⁹ au taux de 5,09 %.

La taxation sera alors la suivante:

- droit de vente sur la soulte: $500.000 \times 5,09 \% : 25.450 \text{ €}$
- droit de partage sur l'actif déduction faite de la soulte: $500.000 \times 1,10 \% : 5.500 \text{ €}$
- Total: 30.950 €⁸⁰.

b) Régime spécial

Par exception, l'article 748 C.G.I. prévoyait initialement (*cf. infra*) que les partages qui portent sur les biens dépendant d'une succession ou d'une communauté conjugale et qui interviennent uniquement entre les membres originaires de l'indivision, leur conjoint, des ascendants, des descendants ou des ayants droit à titre universel de l'un ou de plusieurs d'entre eux, ne sont pas considérés comme translatifs de propriété dans la mesure des soultes ou des plus-values.

Ainsi, si, dans l'exemple précédemment développé, nous avons été en présence non pas d'un couple de concubins mais d'un couple marié sous un régime communautaire et si les deux appartements avaient fait partie intégrante de cette communauté, alors le partage aurait été taxé pour le tout à 1,10 % en toute hypothèse (attribution d'un appartement à chacun ou attribution des deux appartements à un seul des époux à charge de payer une soulte).

Littéralement, ce texte ne visait que les communautés conjugales.

L'administration avait certes accepté d'étendre son bénéfice au partage de biens acquis conjointement par des époux séparés de biens pendant la durée du mariage et effectués en application des dispositions de l'article 1542 du Code civil (B.O.I 7 F-2-92, n° 197, du 14 octobre 1992), mais demeuraient notamment deux problèmes pratiques importants:

79 Par exception, s'il s'agit de la première mutation dans les cinq ans de l'achèvement, l'opération relève non des droits d'enregistrement, mais de la TVA Immobilière (à la charge du cédant et actuellement au taux de 19,60 %).

80 Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi de finances pour 2008, cette opération était en outre susceptible de générer une taxation au titre des plus-values. Les concubins et partenaires ayant souscrit un pacte civil de solidarité (PACS) peuvent désormais l'éviter (sur ce point: instruction n° 54 du 21 mai 2008, B.O.I 8 M-1-08).

- celui des biens acquis en indivision par les époux communs en biens avant leur mariage (ce qui constitue une situation très fréquente),
- celui des époux mariés sous un régime de participation aux acquêts⁸¹ (sujet particulièrement sensible dans les relations franco-suissees).

La Loi de finances pour 2008 (Loi n° 2007-1822 du 24 décembre 2007) a fort heureusement mis un terme à ces difficultés en prévoyant expressément l'extension du régime spécial prévu à l'article 748 du C.G.I. aux biens acquis par des époux, avant ou pendant le mariage et quelque soit leur régime matrimonial (instruction n° 93 du 16 octobre 2008, B.O.I. 7 F-2-08).

Corrélativement, ces partages ne sont plus considérés comme des cessions à titre onéreux au titre de l'imposition des plus values, quand bien même le partage s'effectue à charge de soulte

(instruction n° 54 du 21 mai 2008 B.O.I. 8 M-1-08). Cette absence d'imposition au titre des plus-values aura bien entendu une incidence sur le calcul de la plus-value, le jour où l'attributaire souhaitera vendre le bien qui lui a été attribué dans le partage. Il nous paraît donc très important d'attirer son attention sur ce point. A défaut, il pourrait reprocher à son conseil d'avoir reçu dans le partage un actif grevé d'un «passif latent», sans en avoir été clairement averti.

Indépendamment de cette difficulté, et malgré l'opportune simplification intervenue en 2008, subsistent néanmoins quelques écueils pour les parties et leurs conseils sur lesquels nous souhaitons maintenant attirer l'attention du lecteur.

2. *Difficultés particulières*

- a) La remise en cause par l'administration des valeurs retenues par les parties

La réglementation générale des droits d'enregistrement (art. L. 17 al. 1 du L.P.F: Livre des Procédures Fiscales) prévoit que les taxes sont perçues sur les sommes déclarées dans l'acte ou les valeurs vénales réelles si elles sont supérieures («insuffisance de prix»). Le délai de reprise de l'administration s'étendant à l'année en cours et les trois suivantes.

Ainsi, dans notre exemple, quand bien même les parties auraient convenu d'une valeur 400.000 € pour chacun des deux appartements, l'administration conserve le droit de percevoir les taxes sur la valeur de 500.000 € pour chacun si elle estime qu'il s'agit de la vraie valeur de ceux-ci (à charge pour elle de l'établir au terme d'une procédure de rectification contradictoire, article L. 55 du L.P.F.⁸²).

Dans l'hypothèse où la différence de valeur serait significative, l'administration pourrait aller plus loin dans sa remise en cause en requalifiant l'opération. Suppo-

81 VASSEUR, AN 2 avril 1990, 1493, n° 23.560.

82 Pour plus de détails: Documentation pratique Francis Lefebvre Fiscal –ENR. VII n° 800ss.

sons ainsi que les deux appartements soient estimés par les parties à 350.000 € et attribués à l'un des époux à charge de soulte. Si l'administration considère (et établit) que la valeur véritable des appartements était de 500.000 € et que cette sous-évaluation était volontaire, elle pourra soutenir qu'il existait, à concurrence de la différence entre l'attribution réelle (500.000 €) et l'attribution apparente (350.000 €), un avantage doublé d'une volonté de gratifier, ce qui caractérise une donation indirecte (taxée comme une donation)⁸³.

Afin d'éviter tout malentendu, soulignons que le droit fiscal français distingue clairement:

- la donation déguisée (la libéralité se présente sous la forme d'un autre acte ou d'une autre convention: la soulte mentionnée dans le partage n'est pas payée, contrairement à ce qui est affirmé dans l'acte),
- la donation indirecte (la convention, sans aucune simulation, revêt accessoirement le caractère d'une libéralité: la soulte déclarée et payée est sensiblement inférieure à ce qu'elle devrait être si l'on tenait compte de la valeur réelle des biens).

En conclusion, quel que puisse être l'accord des parties, il est absolument impératif de s'enquérir de la vraie valeur vénale des biens partagés, arrêtée à une date aussi proche que possible du partage, et de s'en éloigner le moins possible.

Ajoutons enfin que la convention ou le jugement qui prévoirait, par exemple, que l'appartement situé en Suisse est attribué à l'un des époux, et l'appartement situé en France à l'autre, sera impubliable au bureau des hypothèques Français (équivalent du registre foncier) si aucune valeur n'est déclarée.

b) Le problème de l'assiette territoriale du droit de partage (ou comment éviter un cataclysme fiscal)

L'administration fiscale française considère⁸⁴ que le droit de partage est un droit d'acte. A ce titre, il frappe tout l'actif mentionné dans l'acte, que celui-ci soit situé en France ou hors de France.

Cette position, approuvée par la jurisprudence de longue date⁸⁵, a été sévèrement critiquée par la doctrine. Un éminent auteur a écrit à ce sujet que cette solution était particulièrement inique et faisait penser, lorsque les biens situés à l'étranger ont

83 La loi dite TEPA (loi en faveur du Travail, de l'Emploi et du Pouvoir d'Achat) n° 2007-1223 du 21 août 2007 a en effet supprimé les droits de succession entre époux, mais pas les droits de donation (dont le taux peut aller jusqu'à 40 % après application d'un abattement de 79.222 €) depuis le 1^{er} janvier 2009 (suite à la publication B.O.I 6 février 2009 7 G-1-09).

Dans l'hypothèse où cette donation interviendrait après la dissolution du lien matrimonial, elle concernerait des ex-époux, donc des étrangers au plan fiscal, et serait taxable à 60 % (sous réserve d'une réduction liée à l'âge du «donateur») sans abattement.

84 D. adm. 7 F-123 n° 1, 15 juin 2000.

85 Cass. Req. 3 mars 1884, Ind. Enr. 1893, p. 136, n° 2694.

une valeur décuple ou centuple des biens situés en France, au fameux «pâté constitué d'une alouette et d'un cheval». Elle est d'autant plus grave que cette taxation est généralement inconnue des législations étrangères et n'est par conséquent pas traitée dans les conventions internationales signées par la France. Elle a néanmoins été réaffirmée à plusieurs reprises par les pouvoirs publics⁸⁶.

Il en résulte que si un partage présenté à l'administration française comporte un actif situé en Suisse d'une valeur 19.000.000 € et une résidence secondaire en France d'une valeur de 1.000.000 €, il générera en France une taxe de 220.000 € (20.000.000 € × 1,10 %). En ramenant ce chiffre au seul actif français, on obtient donc un taux d'imposition réel de 22 % (au lieu de 1,10 %).

Dans toute la mesure du possible, il est fortement déconseillé de mentionner dans un partage signé en France ou intervenu à l'étranger mais simplement présenté à l'administration fiscale en France, un actif «étranger». Une solution peut alors consister à signer en France un partage partiel (avec soulte payée hors la comptabilité du notaire), ne concernant que les actifs français et un autre partage concernant les biens hors de France. Seul le solde des soultes ferait l'objet d'un versement, le surplus s'éteignant par compensation (cf. III.6.ab) ci-dessus). Si cette solution permet d'éviter une fiscalité cataclysmique, elle peut cependant soulever des difficultés civiles (détermination du taux de change entre les monnaies, régime des garanties notamment au titre de la rescision pour lésion etc.). Les auteurs suggèrent une collaboration notariale des deux côtés de la frontière avec les avocats des plaideurs, dans le but de limiter les conséquences, pour la validité des accords passés sur le plan de la liquidation du régime matrimonial, d'une révocation par l'une ou l'autre des parties (fondée sur l'article 111 al. 2 CC) de l'accord aux effets accessoires du divorce.

c) Intérêts de retard

Si un partage convenu ou décidé hors de France est présenté à l'administration fiscale française pour publication tardivement (au-delà du délai d'un mois à compter de sa date), il conviendra d'acquitter, outre le montant des droits dus, un intérêt de retard dont le taux est de:

- 9,00 % l'an (soit 0,75 % par mois) pour toute la période antérieure au 31 décembre 2005,
- 4,80 % l'an (soit 0,40 % par mois) pour la période postérieure.

Observation étant ici faite que chaque mois commencé est dû en totalité.

86 Rép. Min. fin. Dassié (JOAN CR 7 déc. 1972, p. 5267 –Défr. 1973 art. 39.239) –Rép. Min. fin. La Gorce 18 avril 1983 (JOAN CR 21 nov. 1983, 5010 –Journ. Not. 1984, art. 57.583).

d) Condition suspensive

En droit interne français, il est fréquent que des époux conviennent d'un partage avant le prononcé du divorce, mais sous condition suspensive du prononcé de celui-ci.

Dans une telle hypothèse, la convention conclue sous condition suspensive du prononcé du divorce est enregistrée au droit fixe des actes inomé⁸⁷ (actuellement 125 €). Le droit de partage devient alors exigible par le seul prononcé du divorce (donc dans le mois du jugement).

Il existe alors deux actes pour constater la réalisation de la condition suspensive: l'acte de partage sous condition suspensive et l'acte de dépôt du jugement au rang des minutes du notaire. Chacun doit être publié au bureau des hypothèques, qui percevra à chaque fois une taxe, dénommée salaire du Conservateur des hypothèques, dont le montant est de 0,10 % de la valeur des immeubles faisant l'objet de la publication.

Légèrement plus onéreuse (puisqu'elle génère un second salaire pour le Conservateur, mais non un second émolument pour le notaire), cette procédure permet cependant de sécuriser la transaction, puisque l'on peut ainsi prévenir certains aléas en France (tels le décès, l'incapacité ou la faillite d'un ex-époux après le prononcé du divorce mais avant la signature de l'acte de partage ou encore une réticence à signer l'acte) comme en Suisse (telle l'obligation de plaider sur la liquidation du régime matrimonial en cas de révocation de l'accord donné à la convention de divorce comportant la liquidation du régime, art. 111 al. 2 CC).

e) Particularités liées au partenariat enregistré de droit suisse

En l'état actuel des textes, l'administration fiscale française fait référence au PACS de droit français pour les régimes fiscaux de faveur. Un partenariat étranger n'étant pas un PACS français, il ne peut donc *a priori* bénéficier de régimes de faveur. Si un jugement liquidant un partenariat devait comprendre un immeuble en France et devait être reconnu⁸⁸, il entraînerait, au moment de l'exécution sur France, une fiscalité plus lourde que celle applicable aux couples mariés. Il est donc conseillé d'évaluer les impôts à percevoir au moment de l'exécution du jugement en France, pour en tenir compte dans la liquidation du régime avant de déposer toute action judiciaire en Suisse.

87 Art. 680 du C.G.I.

88 Cf. supra III. 1.3.

V. Conseils pratiques en guise de conclusion

Que l'on se situe dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel ou dans une procédure contentieuse, il est absolument indispensable de présenter au juge suisse du divorce un dossier complet, attestant de l'accomplissement d'opérations nécessaires à parfaire le transfert de propriété désiré, ou la mutation du mode de détention de l'immeuble en cas de maintien en indivision postérieure au divorce, ou encore à permettre la tenue sans encombre d'enchères publiques.

On aura soin, dans ce but, de remettre à l'avocat et/ou au notaire suisse chargé(s) de procéder aux calculs de liquidation du régime matrimonial:

En tous les cas:

1. tous documents (notamment contrat de vente, décomptes du notaire, facture de courtage, impôts et taxes acquittés) à même de prouver le prix et les frais d'acquisition, leur mode de règlement, et la provenance des fonds ayant servi à les financer;
2. un extrait récent du bureau des hypothèques;
3. copie du passeport et d'une attestation de résidence ou de domicile des deux époux;
4. une évaluation actuelle de la valeur vénale du bien, effectuée par un professionnel de la vente immobilière;
5. cas échéant, les attestations de versements d'avoirs de prévoyance et les bordereaux d'impôts attestant de la taxation de ces versements, outre toute pièce justifiant la provenance des fonds ayant servi à payer ces impôts;
6. dans l'hypothèse où des avoirs de prévoyance liée de type 3a ont servi à garantir le remboursement d'un emprunt hypothécaire, des attestations de la valeur de rachat actuelle de ces avoirs⁸⁹;
7. si des avoirs acquis à titre gratuit ont servi à grossir le niveau des avoirs de prévoyance professionnelle utilisés pour financer l'acquisition du bien immobilier, tous documents justifiant de la gratuité de cette acquisition;
8. tous contrats conclus avec les institutions prêteuses, ainsi que tous documents décrivant le mode de remboursement du capital prêté et des intérêts versés en cours de contrat, avec une situation à jour établissant le solde de dette et le niveau des intérêts payés;

⁸⁹ Desquels il conviendra de déduire la charge fiscale latente pour en estimer la valeur de liquidation: arrêt du Tribunal fédéral 24.4.2008, 5A_673/2007, FamPra.ch 2008, 918.

En outre: En cas de désir mutuel de transfert de la part de copropriété d'un époux à l'autre:

1. une attestation de l'institution prêteuse confirmant l'accord de celle-ci avec la reprise du bien par le plaideur désireux de s'en faire attribuer, cas échéant, la propriété exclusive;
2. une attestation de la compagnie d'assurance ayant fourni la couverture d'assurance dont le contrat de prêt hypothécaire aura été assorti, confirmant qu'elle couvrira bien, après le transfert immobilier contemplé, les risques décès et invalidité de l'attributaire potentiellement exclusif du bien, à raison de la totalité de l'emprunt dont le remboursement est ainsi assuré;
3. un acte de partage passé par devant un notaire français, et enregistré au bureau des hypothèques ou au registre foncier en Alsace Moselle (avec vérifications préalables supplémentaires à propos de ce régime particulier), soumis à l'avènement de la condition suspensive du prononcé d'un jugement de divorce conforme aux conclusions prises par les parties;

Ou en cas de désir d'attribution préférentielle du bien par le juge du divorce suisse:

1. tous documents susceptibles de justifier l'intérêt préférentiel à l'attribution;
2. une attestation de l'institution prêteuse confirmant l'accord de celle-ci avec la reprise du bien par le plaideur désireux de s'en faire attribuer, cas échéant, la propriété exclusive;
3. une attestation de la compagnie d'assurance ayant fourni la couverture d'assurance dont le contrat de prêt hypothécaire aura été assorti, confirmant qu'elle couvrira bien, après le transfert immobilier contemplé, les risques décès et invalidité de l'attributaire potentiellement exclusif du bien, à raison de la totalité de l'emprunt dont le remboursement est ainsi assuré.

Ou en cas d'intention de faire vendre le bien immobilier aux enchères publiques:

1. Un cahier des charges établi par un notaire français, comprenant toutes les indications nécessaires, notamment le prix d'appel, le mode d'enchères, le droit éventuel de surenchère, outre tous documents usuels devant permettre une vente en France (rapports techniques concernant l'état de l'immeuble, amiante, etc.)

En possession de ces documents, le notaire et l'avocat requis de préparer les actes nécessaires au dépôt de la demande en divorce pourront procéder aux calculs de liquidation du régime matrimonial en qualifiant la nature des fonds en présence et en effectuant les calculs de plus-value éventuels. Ils pourront chiffrer la créance éven-

tuellement en litige, respectivement la valeur des parts à transférer, ou celle de l'immeuble à vendre, de la manière exposée ci-dessus, après avoir procédé, en collaboration avec un notaire français, à l'estimation des impôts qui seront prélevés en France sur l'opération considérée.

Un divorce transfrontière comprenant un immeuble en France peut être désastreux, l'expérience le montre. Mais il peut aussi être limité, sur le plan des procédures et des intervenants, au strict nécessaire en termes de temps, de coût, et d'énergie consacrée. Pour s'assurer de ce résultat, et garder la maîtrise de sa procédure de divorce, le plaideur aura tout intérêt à consulter notaires et avocats des deux côtés de la frontière, et à les enjoindre à œuvrer de concert.

Résumé: *Le juge suisse compétent pour prononcer le divorce l'est pour liquider le régime matrimonial et pour statuer sur des immeubles sis non seulement en Suisse mais aussi à l'étranger; le droit qu'il appliquera à la liquidation du régime matrimonial régira l'ensemble des biens qui le composent où qu'ils se trouvent. Hormis lorsque la liquidation des immeubles intervient dans un cadre successoral, le droit français ne revendique pas de compétence exclusive pour statuer sur le sort des immeubles sis en France. Un jugement suisse peut donc attribuer la propriété d'un immeuble sis en France à l'un des époux dans le cadre d'une action touchant à la liquidation du régime matrimonial, voire même ordonner une vente aux enchères publiques en France. La collaboration des professionnels est très vivement souhaitable, tant sur le plan civil que fiscal.*

Der vorliegende Beitrag wird im Heft 3/2010 der FamPra.ch (Die Praxis des Familienrechts – La Pratique du droit de la famille – La Prassi del diritto di famiglia), welche Mitte August 2010 erscheinen wird, publiziert.

Siehe auch: www.fampra.recht.ch.

Mit freundlicher Unterstützung des Stämpfli Verlag AG, Bern.