

Corrigenda

A nos abonné(e)s

Des problèmes techniques lors de la préparation des textes ont conduit à des erreurs dans l'article ci-dessous paru dans FamPra.ch 3/2010. Nous vous faisons donc parvenir ces corrigenda. La maison d'édition vous prie d'accepter ses excuses pour ce désagrément.

La version corrigée de l'article est disponible sur notre page d'accueil www.fampira.recht.ch.

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

– p. 599, titre, ligne 1

Divorce en Suisse et immeubles en France : Essai de simplification judiciaire

– p. 630, note de bas de page 83

83 Ce montant inclut une contribution de CHF 25 000.– en faveur de l'époux (art. 206 CC), dès lors que les deux conjoints sont réputés avoir acquis le bien en copropriété pour moitié chacun. Cette présentation, sans incidence sur le résultat, a été choisie afin d'alléger le tableau (en réalité, les fonds propres réputés investis par chacun des époux sont de CHF 100 000.–, les acquêts de M. ont donc une dette de CHF 25000.– envers les biens propres de Mme, lesquels ont une créance de CHF 25000.– envers les acquêts de M., d'où des investissements nets de CHF 75 000.– pour M. et de CHF 125 000.– pour Mme, sommes reportées sur le tableau sous lettre (i)).

– p. 631, note de bas de pages 84 et 85

Dans le tableau à la p. 631, il est noté en exposant les chiffres 3 et 4 au lieu de 84 et 85.

84 DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, op. cit. 2009, p. 565 n. 1219 et p. 590 no 1285.

85 La plus-value afférente à la part non remboursée de la dette hypothécaire doit être répartie entre les masses qui ont contribué au financement, proportionnellement à la contribution de chacune, voir explication dans STEINAUER, la jurisprudence récente du Tribunal fédéral relative aux art. 206 et 209 CC, parue dans Successio 2008, p. 93-101; cf. également DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, op. cit. 2009, p. 565 n. 1219 et p. 590 no 1285 et P.-H. STEINAUER, in Symposium 2009 en droit de la famille, Deuxième pilier et épargne privée en droit du divorce, éd. Schulthess 2010, « Versement anticipé pour l'acquisition entre théorie et pratique » p. 53 ss, p. 58 et 59.

– p. 633, 1^{er} paragraphe

	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	
Dette hypothécaire	–360 000.–	–360 000.–	–720 000.–
Répartition entre les époux :	415 000.–	365 000.–	780 000.–

– p. 640, 4^{ème} paragraphe sous lettre c), 7^{ème} et 8^{ème} lignes

- 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.

– p. 642, 2^{ème} paragraphe, ensuite du chiffre 5

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 avoirs ;⁹⁹
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 ;¹⁰⁰

– p. 644, dernier paragraphe

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. Il est d'autant plus crucial qu'il règle les droits patrimoniaux et réels des conjoints sur l'immeuble sis en France, si un retrait de prévoyance professionnelle a financé l'acquisition immobilière, qu'à teneur de la jurisprudence actuelle de la Cour de Cassation française, l'avoir retiré est considéré comme un bien de communauté à partager à la liquidation du régime, ce qui expose le bénéficiaire du retrait au risque de se voir ordonner, en France, de verser à son ex-conjoint la moitié de l'avoir retiré, et, en Suisse,*

de rembourser le retrait conformément aux articles 30d et 30e LPP. La collaboration des professionnels des deux côtés de la frontière est très vivement recommandée, tant sur le plan civil que fiscal.

Zusammenfassung: *Die Zuständigkeit des mit der Scheidung befassten schweizerischen Gerichts umfasst auch die güterrechtliche Auseinandersetzung und den Entscheid über die in der Schweiz und im Ausland gelegenen Grundstücke. Das vom schweizerischen Gericht im Zusammenhang auf die güterrechtliche Auseinandersetzung anzuwendende Recht bestimmt alle zugehörigen oder davon erfassten Güter. Mit Ausnahme der erbrechtlichen Grundstücksliquidation sieht das französische Recht im Zusammenhang mit den in Frankreich gelegenen Grundstücken keine ausschliessliche Zuständigkeit vor. Folglich kann ein schweizerisches Urteil ein in Frankreich gelegenes Grundstück einem Ehegatten im Rahmen einer güterrechtlichen Liquidationshandlung zuweisen oder sogar eine öffentliche Versteigerung in Frankreich anordnen. Es ist deshalb von zentraler Bedeutung, dass es die Vermögens- und Sachenrechte der Ehegatten an der in Frankreich gelegenen Immobilie regelt, wenn die Finanzierung der Immobilie im Rahmen eines Bezugs des Guthabens aus der beruflichen Vorsorge erfolgt ist, da gemäss geltender Rechtsprechung des französischen Kassationshofes, das bezogene Guthaben als anlässlich der güterrechtlichen Auseinandersetzung aufzuteilendes Gemeinschaftsvermögen betrachtet wird. Damit läuft der Begünstigte des Bezugs Gefahr, in Frankreich zur Auszahlung der Hälfte des bezogenen Guthabens und in der Schweiz zur Rückzahlung des Bezugs gemäss Art. 30d und 30e BVG verpflichtet zu werden. Die berufliche Zusammenarbeit ist sowohl in zivil- als auch in steuerrechtlicher Hinsicht sehr zu begrüssen.*

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.³

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

Jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure civile (CPC), le 1er janvier 2011, 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 ne pas les exposer, les parties préféraient 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, dont elles évitaient d'évoquer la valeur dans leurs écritures. La partie adverse devait être acheminée à produire toutes pièces utiles à déterminer les parts de chacun dans la liquidation⁴, puis la partie requérante se voyait réserver le droit de compléter ses écritures sur la liquidation du régime matrimonial. L'opération devait permettre d'opérer un fin calcul de la créance résultant de la liquidation du régime matrimonial⁵ ou de la valeur de la part de copropriété dont l'attribution préférentielle était réclamée et de voir les frais de justice calculés sur la valeur précise en litige.⁶ Cela fait et obtenu, lorsque l'immeuble était situé à l'étranger, si le résultat de la procédure pouvait paraître aléatoire au regard des pièces produites ou en raison de l'exorbitance des avances de frais à consentir, il arrivait que le requérant ne chiffre pas ses prétentions pour s'épargner le paiement d'avances de frais de justice, vu la possible vanité de son espoir d'obtenir un jugement favorable, susceptible, qui plus est, d'être reconnu et exécuté à l'étranger (cf infra c)). Le requérant préférait généralement utiliser ces informations et ces pièces dans le procès qu'il engagerait au lieu de

situation de l'immeuble. Ainsi, le jugement de divorce ne traiterai pas des droits réels portant sur le bien immobilier sis à l'étranger et se bornerai à en réserver la liquidation ultérieure.

Avec l'entrée en vigueur du nouveau CPC, la maxime des débats continuera à s'appliquer à la liquidation du régime matrimonial (art. 277 al. 1 et 85 al. 1 CPC). Cela dit, le plaideur devra inclure dans sa requête unilatérale ses conclusions relatives aux effets patrimoniaux du divorce (art. 290 lit. c) CPC) et chiffrer dès que possible la valeur des biens matrimoniaux faisant l'objet du litige (art. 85 et 91 CPC), cas échéant après que la partie adverse ait été acheminée à le renseigner à ce sujet (art. 271 lit. d) CPC). La recevabilité de la requête dépendant de l'acquiescement des avances de frais ([art. 101 al. 3 CPC](#)) qui resteront fixés par les cantons ([art. 96 CPC](#)), il est anticipé que c'est au moment où le requérant, nanti des informations nécessaires à chiffrer ses droits, produira ses conclusions relatives au bien immobilier, qu'une avance de frais complémentaire lui sera demandée ([art. 98 CPC](#)) et qu'ainsi la pratique des justiciables ne changera pas.

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 et de prouver qu'il peut le faire.⁷ La faculté de faire valoir ce droit en justice dépend du droit fédéral. La maxime de disposition est applicable⁸ et la procédure est pour l'heure 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. L'étude du nouveau Code de procédure civile, et plus particulièrement celle des articles 290 et 221 ss CPC, donne à penser que cela ne changera pas, vu la systématique du Code civil, qui range la question de l'attribution préférentielle d'un bien détenu en copropriété par les époux dans les opérations de liquidation du régime matrimonial (art. 205 al. 2, 244 al. 3 et 251 CC), étant rappelé le principe de l'unité du jugement de divorce ([art. 283 CPC](#)). La partie requérant l'attribution préférentielle de la propriété exclusive d'un bien détenu en copropriété prend alors le risque, à peine d'irrecevabilité, de voir sa requête taxée – sur le plan de l'avance des frais de justice – sur la valeur de l'objet en litige, que le tribunal lui demandera, au besoin, de chiffrer immédiatement. 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, ignorant où requérir à peu de frais des informations fiables à propos du contenu du droit du pays dans lequel se situe l'immeuble, pour satisfaire aux conditions de leur droit cantonal de procédure, repris par l'[art. 150 al. 2 CPC](#), et imaginant que cette ignorance sera partagée par le tribunal auquel elles s'adresseront (nonobstant l'obligation faite au juge par l'[article 16 LDIP](#) d'établir d'office le contenu du droit étranger), 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'État 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, telle 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 des ex-époux. 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, la liquidation du régime matrimonial est à nouveau renvoyée devant le notaire, jusqu'aux prochaines difficultés... 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 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 1er 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 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 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.

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, 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 : en cas de dissolution du régime matrimonial pour tout motif autre que le décès du bénéficiaire, le capital versé durant le régime doit être soustrait des acquêts ([art. 207 al. 2 CC](#)) ou des biens communs ([art. 237 CC](#)) à hauteur de la part capitalisée de la rente qui eut appartenu à l'époux bénéficiaire à la dissolution du régime matrimonial.¹⁸ On n'ignore pas non plus que les moyens de prévoyance professionnelle empruntés 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, cette question étant soumise à la maxime d'office par le nouveau CPC ([art. 280 al. 3 et 281 al. 3 CPC](#)). 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 ([art. 30c al. 6 LPP](#)), qui doit de toute manière demeurer liée au but de prévoyance initiale (cf. [art. 331^e al. 6 CO](#)), qui conserve sa valeur nominale et ne produit pas d'intérêt.¹⁹ Et si le divorce est prononcé après la survenance d'un cas de prévoyance, ou après que l'avoir de prévoyance a pu être encaissé aux conditions de l'[art. 5 LFLP](#), cet avoir ne peut être compris dans les biens en communauté que pour la part restant après récompense des biens propres à hauteur de la valeur capitalisée de la rente qui eût appartenu au bénéficiaire à la dissolution du régime, l'impossibilité de partager la prestation de sortie fondant alors un droit du conjoint de l'assuré à une indemnité équitable.²⁰ Ce qui signifie, pour les praticiens, qu'avant la survenance d'un cas de prévoyance, 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 patrimoniaux des époux touchant à un immeuble, si ce n'est pour leur attribuer une part de la plus-value conjoncturelle enregistrée par l'immeuble dont l'acquisition est ainsi favorisée.²¹

Or, dans un arrêt remarqué daté du 14 mars 2006,²² la Cour de cassation française a exclu le « second pilier » de la présomption de communauté, pour le qualifier de bien propre à chaque époux. Un arrêt plus récent de la Cour de Cassation, du 3 mars 2010²³ nuance cette appréciation, en estimant que, si les droits acquis au titre d'un régime suisse de prévoyance professionnelle obligatoire, attribués en considération de la situation personnelle de leur titulaire, constituent des biens propres par nature, en revanche le capital représentatif de la prestation de libre passage dont le versement est demandé avant la dissolution du régime, constitue un substitut de rémunération et entre en communauté. Ceci signifie que la prestation de libre passage ayant servi à l'acquisition immobilière sera prise en compte dans la

liquidation du régime matrimonial et que la part revenant à l'autre conjoint sera due en espèces au prononcé du jugement. C'est dire si le bénéficiaire du retrait sera mis dans une situation difficile au moment de rembourser l'entier de la prestation, conformément aux articles 30d et 30e LPP.

La doctrine française majoritaire estime, quant à elle, que sous le régime de communauté légale, et par application de l'article 1404 du Code Civil français, les créances et pensions incessibles devraient constituer des biens propres. Cela concerne les pensions alimentaires, les pensions d'invalidité et les pensions de retraite,²⁴ 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 ne partage pas cette analyse, considérant que la retraite constitue un bien commun en droit français, il n'en demeure pas moins que le juge français analyse cette cruciale question transfrontalière comme relevant du régime matrimonial.

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 l'excluant complètement en prenant acte de l'accord des époux d'agir en complément de divorce en Suisse sur cette question ; ou à défaut d'une décision judiciaire française incluant expressément une part de cet avoir de prévoyance (dans l'hypothèse où il est susceptible d'être versé en espèces) 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 LDIP²⁵](#)). C'est dire la complexité du cas soumis au juge français de la liquidation du régime matrimonial « réservée » par le juge suisse du divorce, puisque ne comprenant par hypothèse qu'un immeuble sis en France financé majoritairement par des moyens de prévoyance, lorsque le juge français lit que le jugement suisse de divorce ordonne 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 », et transmet la procédure au juge des assurances sociales pour établir les avoirs à partager et en ordonner la compensation ([art. 142 al. 2 CC](#) et, bientôt, art. 281 al. CPC).

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 désiré), 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 évoquées 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 1er janvier 1992, à l'instar de son Protocole explicatif et l'Acte additionnel du 4 octobre 1935 (RO 1992 200).²⁶

Or, comme tant la Convention de Lugano concernant l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 16 septembre 1988, entrée en vigueur en Suisse le 1er janvier 1992 (art. 1 al. 2 ch. 1) que la Convention de Lugano révisée du 30 octobre 2007, qui entrera en vigueur en Suisse le 1er janvier 2011 (art. 1 al. 2 lit. a), excluent de leur application l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions, il convient de rechercher aussi bien dans le droit international privé que dans le droit de fond suisse 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](#), « sont 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.²⁷ 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 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 et 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 État.²⁸ 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 par la suite ([art. 53 LDIP](#)).²⁹ 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.³⁰ A défaut d'élection de droit, l'[article 54 LDIP](#) dispose que le régime matrimonial est régi par le droit de l'État dans lequel les deux époux sont domiciliés en même temps (sans qu'il soit exigé qu'ils fassent domicile commun).³¹ Si tel n'est pas le cas, le droit de l'État 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 État, leur droit national commun s'applique. Enfin, si les époux n'ont jamais été domiciliés dans le même État 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 liquidation du régime matrimonial ([art. 51 lit. b LDIP](#)).³² 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 1er janvier 1989 (RO 1998 1827).³³

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

Contrairement au droit suisse, 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 »³⁴, « Bruxelles II »³⁵ et « Bruxelles II-bis »³⁶ 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 2006.³⁷ 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 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 2005,³⁸ 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 suisse 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 de partage matrimonial, en revanche, la loi du lieu de situation de l'immeuble en France ne s'impose pas.

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.³⁹

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 du 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 :⁴⁰ tous les effets accessoires (dont la liquidation du régime matrimonial) doivent être réglés dans le jugement prononçant le divorce. A teneur de la jurisprudence⁴¹, 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 créancier dans le besoin ;⁴² ni lorsqu'il convient de fixer une indemnité équitable faute de pouvoir partager les avoirs de prévoyance accumulés pendant le mariage,⁴³ etc.). Cela dit, en présence de rapports spéciaux entre époux, un renvoi de leur liquidation *ad separatim* peut se justifier.⁴⁴ 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 en état d'être jugé.⁴⁵ Ce renvoi *ad separatim* est laissé au pouvoir d'appréciation du Tribunal (art. 4 CC), même pour le régime de la séparation de biens.⁴⁶ 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,⁴⁷ ne doivent ni ne peuvent être portés devant le juge du divorce (par exemple, le remboursement d'un prêt consenti 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.).⁴⁸

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, quelle qu'en soit la nature,⁴⁹ sont réputés avoir été réglés par le jugement. 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 separatim*. Il n'est donc en principe plus possible d'invoquer après coup des prétentions relevant du régime matrimonial.⁵⁰ 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 aient été établis de manière complète et que les conclusions correspondantes aient été présentées à temps par les parties.⁵¹

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 de la loi fédérale sur les fors en matière civile (LFors) du 24 mars 2000, qui sera abrogé et remplacé, à l'entrée en vigueur du CPC par l'[art. 23 al. 1 CPC](#)), en réalité devant le juge du divorce.⁵² Si l'on a affaire à un renvoi ad separatum d'un conflit qui n'a rien à voir avec le droit du mariage, alors il sera possible de plaider au for ordinaire du défendeur (art. 19 al. 1 lit. c LFors remplacé par l'[art. 29 al. 2 CPC](#)) ou 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, cf. art. 11 lit. a) LFors, qui sera remplacé par l'[art. 29 al. 1 CPC](#)). Rappelons qu'il ne s'agit pas d'un for impératif⁵³ et qu'en matière internationale, dans la mesure où il s'agit de conflits d'ordre patrimonial, les parties sont libres de convenir du for ([art. 5 et 6 LDIP](#)) voire même d'un arbitrage ([art. 177 al. 1 LDIP](#)).⁵⁴ C'est avec la réserve que, si les procédures internationales relèvent aussi des règles de procédure civile suisse lorsque le for est en Suisse, en revanche les dispositions spéciales de la procédure civile internationale doivent être respectées (cf. [art. 2 al. 2 CPC](#)). On pense notamment à la Convention de Lugano, qui, si elle exclut les litiges relatifs aux régimes matrimoniaux, prévoit un for exclusif au lieu de situation de l'immeuble, pour tout litige concernant les droits réels immobiliers et ce, dans sa teneur tant première (art. 16 al. 1) que révisée (art. 22 al. 1).⁵⁵

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 1er 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 aux 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 derechef que la Convention de Lugano concernant l'exécution des décisions en matière civile et commerciale dans ses versions initiale du 16 septembre 1988 et révisée du 30 octobre 2007, 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 susceptibles 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 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 28 octobre 1998,⁵⁶ 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 procédure 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 de 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 (notamment 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.⁵⁷ 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, ce qui est contraire à l'[art. 215 al. 2 CC](#). Les auteurs de la présente contribution déconseillent vivement, 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](#)).

En France, jusqu'au 13 mai 2009, un partenariat enregistré suisse ne pouvait pas produire des effets analogues à un Pacte Civil de Solidarité (PaCS) français. Les intéressés souhaitant bénéficier des mêmes effets (notamment fiscaux) qu'un PaCS étaient 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. Depuis la loi No 2009-536 du 12 mai 2009, une nouvelle règle de conflit de lois a ainsi été insérée dans le Code civil français. L'article 515-7-1 dispose que les conditions de formation et les effets d'un partenariat enregistré ainsi que les causes et les effets de sa dévolution sont soumis aux dispositions matérielles de l'état de l'autorité qui a procédé à son enregistrement. Dès lors, les remarques contenues dans le présent article à propos de la liquidation du régime matrimonial dans le cadre du divorce valent mutatis mutandis pour la liquidation du régime des partenaires enregistrés.

Il est rappelé, cela dit, que, conformément aux règles de droit international privé français, la loi étrangère sera écartée si elle est contraire à l'ordre public français.⁵⁸

C'est donc 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). Or, l'article 515-2 du Code civil français prohibe le PaCS entre alliés en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclus, alors que l'[art. 4 al. 1 LPart](#) ne prohibe le partenariat entre collatéraux que jusqu'au

deuxième degré et ne prohibe pas le partenariat enregistré d'alliés en ligne directe. Il y a donc fort à parier qu'un tel partenariat enregistré serait susceptible d'être déclaré contraire à l'ordre public français, et qu'ainsi un jugement prononçant sa dissolution et attribuant, par hypothèse, les droits de propriété exclusifs sur un bien sis en France à l'un des partenaires conformément à l'[art. 24 LPart](#), ne serait pas susceptible d'être reconnu dans ce pays. 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 partenariat enregistré assimilable à un PaCS par hypothèse prohibé en France, comprenant une nécessaire liquidation des droits de copropriété sur un immeuble situé en France, avant 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 doivent être 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 la séparation de biens. Nous laisserons de côté le régime de la communauté de 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.⁵⁹

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 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 de 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.⁶⁰ 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 de 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.⁶¹

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](#)).⁶² 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.⁶³

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 dettes 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 CC](#)⁶⁴).

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.⁶⁵

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 propres⁶⁶ 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 contraire, 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 :⁶⁷

- 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.

Exemple :

	Monsieur CHF	Madame CHF
Avoirs bancaires	150 000.–	100 000.–
Bien immobilier	500 000.–	500 000.–
Total	650 000.–	600 000.–
Dont à déduire		
Biens propres	150 000.–	Néant
Acquêts	500 000.–	600 000.–
Part revenant au conjoint (1/2)	-250 000.–	-300 000.–
	+300 000.–	+250 000.–
Part des acquêts	550 000.–	550 000.–
Récapitulatif des parts		
Biens propres	150 000.–	Néant
Acquêts	550 000.–	550 000.–
Total des droits lors de la liquidation	700 000.–	550 000.–

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.⁶⁸

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.⁶⁹

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'immobilier?⁷⁰

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.⁷¹ 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, chaque bien d'un époux ne peut appartenir qu'à une seule masse, soit celle dans laquelle entre la plus grande part du bien.⁷² 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 financées par une autre masse, dont la valeur excède celle du fonds nu.⁷³

b) Participation à la plus-value en cas de contribution sans contrepartie correspondante

La contribution, sans contrepartie correspondante, 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. 1er CC).

Exemple : Madame fait l'achat, à son seul nom, d'un appartement durant le mariage. C'est Monsieur qui lui avance la totalité des fonds propres, CHF 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 CHF 200 000.–. Au total Monsieur reçoit donc CHF 300 000.– (CHF 200 000.– + CHF 100 000.–).

Notons que cette réglementation légale n'est pas impérative, les époux étant libres de l'écarter ou de la modifier à leur convenance.⁷⁴ Il faut pour cela établir une convention écrite ([art. 206 al. 3 CC](#)).

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 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 CHF 250 000.– chacun. Il se trouve que l'investissement de Madame provient pour CHF 50 000.— (1/5ème de ses CHF 250 000.–) d'un héritage, le solde des fonds propres des deux époux provenant en totalité de leurs économies respectives. Selon cet [article 209 CC](#), lors de la liquidation du régime matrimonial, le bien immobilier sera compté parmi les acquêts de chaque conjoint dès lors qu'ils ont financé l'acquisition de manière prépondérante. Toutefois, une créance de récompense de CHF 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 CC) mais aussi à la baisse (contrairement à cette même disposition).⁷⁵

d) Le calcul des plus-values conjoncturelles

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 très didactique du Tribunal fédéral, daté du 29 février 2008 ([5A 311/2007](#)),⁷⁶ 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'immeuble faisant partie du patrimoine matrimonial sera aliéné après la liquidation du régime matrimonial.⁷⁷

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. La doctrine dominante considère 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 CHF 400 000.– durant une période de vingt ans, l'immeuble présentant une plus-value conjoncturelle 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 (CHF 400 000.–), mais aussi une part à la plus-value calculée sur un montant moyen de CHF 200 000.–, donc une plus-value de 50% représentant CHF 100 000.–. La créance variable s'élève au total à CHF 500 000.–.⁷⁸

Rappelons, enfin, qu'en principe l'époux qui prend en charge les intérêts dus par son conjoint du chef d'une dette hypothécaire a droit à la plus-value correspondant à cette dette, sauf si cette prise en charge est due au titre de contribution à l'entretien du ménage selon l'[art. 163 CC](#) ; on pense ici en particulier au cas dans lequel ledit bien constitue le logement de la famille, voire, en cas de situation financière favorable, la résidence secondaire de celle-ci.⁷⁹

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 les règles exposées supra sous III.3.d). 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 calculer la participation à la plus-value conjoncturelle générée par des amortissements périodiques et exclure cette participation pour les importants intérêts hypothécaires versés, en lien avec l'[article 163 CC](#), doit, à notre sens, être adapté ([art. 4 CC](#)) pour tenir compte des paiements parfois minimes imputés par la banque au remboursement du prêt, et des sommes effectivement versées depuis le début du contrat, eu égard à sa durée, au coût total de l'emprunt, et au solde effectif de la dette subsistant à la liquidation du régime.

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 décembre 2009 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 de 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 repreneur s'il est certain qu'il procédera 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 repreneur 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.⁸⁰

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 de biens.

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

- 1. Les fonds propres s'élèvent à CHF 200 000.–, dont Madame apporte CHF 125 000.– (héritage de ses parents) et Monsieur CHF 75 000.– (économies faites en cours de mariage). Le solde est financé par un prêt hypothécaire de CHF 800 000.–. Ils paient les frais d'achat de 5% au moyen de donations de leur parents, à hauteur de CHF 25 000 chacun.
- 2. Pendant le mariage ils amortissent régulièrement leur prêt hypothécaire à l'aide de leurs revenus de sorte que le prêt diminue de CHF 80 000.– pour présenter en 2009 un solde de CHF 720 000.–
- 3. La liquidation du régime matrimonial intervient en 2009 alors que l'immeuble, bénéficiant d'une plus-value de conjoncture, vaut maintenant CHF 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 CHF	Acquêts Mme CHF	Biens propres M CHF	Acquêts M CHF	Total CHF
Selon acte d'achat (prix d'acquisition et frais de notaire)	125 000.– 25 000.–		25 000.–.	75 000.–	250 000.–
Total des fonds propres	150 000.–		25 000.–.	75 000.–	250 000.–
Dette hypothécaire	400 000.–			400 000.–	800 000.–
Total acquisition	550 000.–		25 000.–.	475 000.–	1 050 000.–

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.⁸¹

En résumé : coût lors de l'acquisition : CHF 1 000 000.– de prix de vente, auquel il sied d'ajouter les frais d'acquisition de 5%, soit CHF 50 000.–, soit un total de CHF 1 050 000.–. En prenant une valeur à la liquidation de CHF 1 500 000.–, la plus-value conjoncturelle est de CHF 450 000.–, et le coefficient de plus-value est de 1500/1050, soit 1.4285714.^{82 834 85}

Présentation des comptes lors de la liquidation du régime matrimonial :

	Biens propres Mme CHF	Acquêts Mme CHF	Biens propres M CHF	Acquêts M CHF	Total CHF
Valeur du bien (attribué aux propres de Mme) à la liquidation	750 000.-			750 000.-	1 500 000.-
Calcul plus-values sur sommes investies par époux ⁸² , soit : (i) fonds propres et (ii) frais d'achat	(i) 125 000.- ⁸³ (ii) 25 000.-		(ii) 25 000.-	(i) 75 000.-	
a) part à plus-value pour les CHF 125 000.- [(125 000.- / 1 050 000.-) × 450 000.-], arrondie	(a) +53 572				
b) part à la plus-value pour les CHF 25 000.- de frais d'achat (a) : [(25 000.- / 1 050 000.-) × 450 000.-], arrondie	(b) +10 715		(b) +10 715		

	Biens propres Mme CHF	Acquêts Mme CHF	Biens propres M CHF	Acquêts M CHF	Total CHF
c) part à la plus-value pour les CHF 75 000.- (a) : [(75 000.- / 1 050 000.-) × 450 000.-], arrondie				(c) +32 143	
Récompense pour les acquêts de Mme et M. ensuite de l'amortissement					
(iii) capital amorti		(iii) +40 000.-		(iii) +40 000.-	
d) part à plus-value sur l'amortissement de CHF 80 000.- (1/2 x 40 000.- × 0,4285714, ou [(40 000.- / 1 050 000.-) × 450 000.-] ./ 2]3		(d) +8 571		(d) +8 571	
Dettes hypothécaires					
Plus-value à répartir en fonction des investissements des époux à l'acquisition 4 : [(720 000.- / 1 050 000.-) × 450 000.-] + 1/2 valeur générée par l'amortissement de CHF 80 000.- (CHF 17 142.-) : CHF 325 713.-	(-360 000.-)			(360 000.-)	(-720 000.-)
e) plus-value à attribuer au versement de CHF 125 000.- : [(CHF 125 000.- ./ (CHF 125 000.- + CHF 25 000.- + 25 000.- + 75 000.-)] × 325 713	(e) +162 856.50				

	Biens propres Mme CHF	Acquêts Mme CHF	Biens propres M CHF	Acquêts M CHF	Total CHF
f) plus-value à attribuer aux versements de CHF 25 000.- : [(CHF 25 000.-./.(CHF 125 000.- + CHF 25 000.- + 25 000.- + 75 000.-)] × 325 713	(f) +32 571.30		(f) +32 571.30		
g) plus-value à attribuer au versement de CHF 75 000.- : [(CHF 75 000.-./.(CHF 125 000.- + CHF 25 000.- + 25 000.- + 75 000.-)] × 325 713				(g) +97 713.90	
Valeur nette					780 000.-
Répartition entre les époux :	409 714.80	48 571.-	68 286.30	253 427.90	780 000.-

Présentation des comptes lors de la liquidation du régime matrimonial :

	Droits de Mme	Droits de M	Total
Biens propres	409 714.80	68 286.30	478 001.10
Acquêts Mme (2 × ½)	24 285.50	24 285.50	48 571.00
Acquêts M (2 × ½)	126 713.95	126 713.95	253 427.90
Total	560 714.25	219 285.75	780 000.-

b) Régime de la séparation de biens

Le prêt consenti par Mme de CHF 25 000.- qui a permis à son époux de compléter ses fonds propres de CHF 75 000.- 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 CC](#) 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.⁸⁶

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.–	+ 125 000.–	
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 participation aux acquêts, Madame a une prétention de 560 714.25 qui diminue à 415 000.– en cas de séparation des biens. La différence s'explique par le fait que, selon le régime légal de la participation aux acquêts, Madame a droit au partage de la plus-value réalisée par les acquêts de 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. C'est sous réserve de contrats spécifiques (Cf. *supra* III 2.a.)). Ainsi, l'époux impécunieux est ici favorisé par le régime matrimonial de la séparation de biens qui ne l'oblige qu'à rembourser le prêt 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 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 de 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) 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](#)).⁸⁷ Ce contrat peut aussi être passé par acte authentique, c'est-à-dire par un contrat de mariage⁸⁸ conclu en Suisse, comportant adoption du régime de la séparation de 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 français, 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 du 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 la 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)

V. 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).

7. 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 (1/2) : 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.– € \square 1,10% = 11 000.– €.

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 principe⁸⁹ au taux de 5,09%.

La taxation sera alors la suivante :

- – droit de vente sur la soulte : 500 000.– \square 5,09% : 25 450.– €
- – droit de partage sur l'actif déduction faite de la soulte : 500 000.– \square 1,10% : 5500.– € Total : 30 950.– €.⁹⁰

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 :

- – 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 acquêts⁹¹ (sujet particulièrement sensible dans les relations franco-suisse).

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.

8. 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 de 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.⁹²).

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. Supposons 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).⁹³

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 considère⁹⁴ 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 date,⁹⁵ 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 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 publics.⁹⁶

Il en résulte que si un partage présenté à l'administration française comporte un actif situé en Suisse d'une valeur de 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. supra* III.6.ab). 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 de l'accord passé relativement 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.

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 innomés⁹⁷ (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 en appel sur la liquidation du régime matrimonial en cas de révocation de l'accord donné à la convention de divorce comportant la liquidation du régime).

e) Particularités liées au partenariat enregistré de droit suisse

Comme indiqué plus haut (*cf. supra*, III 1.c) jusqu'à une date très récente, l'administration fiscale française réservait certains régimes fiscaux de faveur aux seuls PaCS de droit français. Un partenariat étranger n'étant pas un PaCS français, il ne pouvait donc a priori bénéficier desdits régimes. Si un jugement liquidant un partenariat devait comprendre un immeuble en France et devait être reconnu, il entraînait donc, au moment de son exécution en France, une fiscalité plus lourde que celle applicable aux couples mariés.

Cette discrimination paraît désormais caduque. Dans une réponse ministérielle du 27 mai 2010, le ministre de l'Economie fait état d'un « alignement du traitement fiscal des partenariats étrangers sur celui des partenariats français », sous réserve d'une contrariété à l'ordre public. Formellement les deux instructions parues à ce jour ne concernent certes que l'impôt sur le revenu et les droits de mutation à titre gratuit (donation et succession), pas le droit de partage. Il serait cependant surprenant que la taxation des partages échappe à cet « alignement ».

Au plan pratique, l'administration a entrepris la rédaction d'une liste des partenariats de droit étranger assimilables aux PACS de droit français : aucune position officielle n'a été à ce jour publiée au sujet des partenariats enregistrés de droit suisse.⁹⁸

VI. 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 avoires 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 avoires;⁹⁹ 7. si des avoires acquis à titre gratuit ont servi à grossir le niveau des avoires de prévoyance professionnelle utilisés pour financer l'acquisition du bien immobilier, tous documents justifiant de la gratuité de cette acquisition;¹⁰⁰ 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 ;

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 demande d'attribution préférentielle du bien par le juge du divorce suisse :

1. tous documents susceptibles de justifier l'intérêt préférentiel à l'attribution et la suffisance des moyens financiers devant servir à indemniser l'autre conjoint; 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 de 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 éventuellement 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.

Zusammenfassung

Die Zuständigkeit des mit der Scheidung befassten schweizerischen Gerichts umfasst auch die güterrechtliche Auseinandersetzung und den Entscheid über die in der Schweiz und im Ausland gelegenen Grundstücke. Das vom schweizerischen Gericht im Zusammenhang auf die güterrechtliche Auseinandersetzung anzuwendende Recht bestimmt alle zugehörigen oder davon erfassten Güter. Mit Ausnahme der erbrechtlichen Grundstücksliquidation sieht das französische Recht im Zusammenhang mit den in Frankreich gelegenen Grundstücken keine ausschliessliche Zuständigkeit vor. Folglich kann ein schweizerisches Urteil ein in Frankreich

gelegenes Grundstück einem Ehegatten im Rahmen einer güterrechtlichen Liquidationshandlung zuweisen oder sogar eine öffentliche Versteigerung in Frankreich anordnen. Die berufliche Zusammenarbeit ist sowohl in zivil- als auch in steuerrechtlicher Hinsicht sehr zu begrüßen.

1 Message du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006, 6841ss, 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](#).

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 5C_56/2004 consid. 5.1 ; et pour le régime de la participation aux acquêts : [art. 205 al. 2 CC](#), [ATF 119 II 197](#), 198 et arrêts du Tribunal fédéral [5C.325/2001](#), 4.3.2002 et [5A_397/2009](#), 30.9.2009, voir également pour une bonne casuistique Deschenaux/Steinauer/Baddeley, Les effets du mariage, Berne 2009, N. 1146 s.

8 [ATF 119 II 197](#) consid. 2, 198 *in fine*; la maxime des débats s'appliquera aux procédures concernant la liquidation du régime matrimonial et les contributions d'entretien après divorce, en vertu de l'[art. 277 al. 1 CPC](#).

9 [ATF 118 II 521](#), 527 consid. 3c, et ATF 5C_56/2004 consid. 5.1.

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

11 BaslerKomm IPRG/Dutoit, [art. 51 LDIP](#), N. 4 et 5.

12 Art. 255-9 CCF.

13 Art. 255-10 CCF.

14 Art. 265-2 CCF.

15 Art. 270 ss CCF. Il arrive, à ce stade, que le juge du divorce française, nanti des informations nécessaires, tienne compte des avoirs de prévoyance accumulés en Suisse pendant le mariage, pour fixer la prestation compensatoire due en capital au jour de l'entrée en force du jugement de divorce, en occultant le fait que l'art. 10 al. 2 du Règlement (CEE) n° [1408/71](#) du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, adapté selon

l'annexe II à l'accord sur la libre circulation des personnes entre la Communauté européenne et ses États membres d'une part, et la Suisse d'autre part ([RS 0.831.109.268.1](#)) encore applicable aux relations entre la Suisse et les États membres de l'Union Européenne au jour de la rédaction de cette contribution, interdit le versement en espèces de la part obligatoire de la prévoyance professionnelle, lorsque l'assuré qui quitte la Suisse ou cesse d'être assujéti à sa législation, est assujéti à l'assurance obligatoire d'en État membre de l'UE ou de l'AELE ; la partie obligatoire de la prestation de sortie devant alors être déposée sur une police ou sur un compte de libre passage (Bulletin de la prévoyance professionnelle no 96 du 18 décembre 2006).

[16](#) Audit, Droit International Privé, Paris 2008, N. 886.

[17](#) Cour d'appel de Paris, 5 février 2004, N. JURISDATA 2004 – 236 117.

[18](#) ATF 118 II 383, 387; et [art. 197 al. 2 ch. 2 CC](#) pour le régime de la participation aux acquêts, et [art. 237 CC](#) pour la communauté de biens ; Deschenaux/Steinauer/Baddeley (Fn. 7), N. 1247. Dans le régime de la séparation de biens, l'immeuble acquis entre évidemment dans les propres, à l'instar de la dette correspondant au retrait effectué : Steinauer, Deuxième pilier, versement anticipé et régimes matrimoniaux, in : Rumo-Jungo/Pichonzz, (éds.), Deuxième pilier et épargne privée en droit suisse, 5^{ème} Symposium en droit de la famille 2009, Zürich 2010, 1 ss, 40.

[19](#) ATF 128 V 230, SJ 2002 I 489.

[20](#) ATF 127 III 433, JT 2002 I 346 ; arrêt du Tribunal fédéral [5A 591/2009](#), [FamPra.ch 2010, 167](#). Deschenaux/Steinauer/Baddeley (Fn. 7), N. 1247 et N. 1574.

[21](#) Cf. pour la répartition des plus-values générées par ces investissements et la controverse doctrinale qu'elle génère, Steinauer (Fn. 18), 53 s., et plus particulièrement 36 à 39 pour l'état de la controverse.

[22](#) 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.

[23](#) Cour de Cassation, 1^{ère} Chambre civile : 3 mars 2010, Arrêt no 08-15.822 publié au Bulletin officiel 2010.

[24](#) Rappelons que le Tribunal fédéral a tranché que les rentes AVS et AI destinées à remplacer le revenu du travail sont des acquêts ([ATF 123 III 442](#), JT 1998 I 82).

[25](#) ATF 131 III 289 ss ; cf. pour une évaluation de l'adéquation 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 (éd.), La planification du patrimoine, journée de droit civil 2008 en l'honneur du Professeur Andreas Bucher, Zürich 2009, 191ss, 195 ; cf. également, AJP/PJA 2009, 117ss, 119, la critique en règle formulée par Bucher de l'arrêt du Tribunal fédéral du 12.06.2008, 5A.220/2008, [FamPra.ch 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.

[26](#) 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.

[27](#) 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. 59 LDIP](#), N. 7, et les références au « forum shopping » contredites par Bucher, Droit International Privé, Basel 2005, t. II, N. 505.

[28](#) 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. 142 LDIP](#), N. 2.

[29](#) Dès lors qu'il s'agit d'un droit strictement personnel, excluant la représentation : Bucher (Fn. 27), N. 462 ; BaslerKomm IPRG/Dutoit, [art. 53 LDIP](#), N. 2.

[30](#) BaslerKomm IPRG/Dutoit, art. 52, N. 2 et références citées.

[31](#) BaslerKomm IPRG/Dutoit, art. 54, N. 1.

[32](#) BaslerKomm IPRG/Dutoit, art. 51, LDIP, N. 5.

[33](#) BaslerKomm IPRG/Dutoit, [art. 52 LDIP](#), N. 2 et références citées ; Bertholet, Les régimes matrimoniaux en droit international privé suisse, in : Bonomi/Steiner (éd), Les régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé, Genève 2006, 38 ; Bucher, Le couple en droit international privé, Basel 2004, 86.

[34](#) 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).

[35](#) 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).

[36](#) Règlement (CE) no° 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) no 1347/2000 (Journal officiel L 338 du 23.12.2003).

[37](#) 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).

38 Cour de Cassation, arrêt de la première chambre civile n. 02-15.648 du 25 janvier 2005 (http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2005_1877/no_618_1922/jurisprudence_1924/cour_cassation_1925/titres_sommaires_arrets_5363.html, 1.7.2010).

39 Cour de Cassation, Chambre Civile I, N. pourvoi 05-16.203, publié au Bulletin 2008, I, N. 265.

40 BaslerKomm/Gloor, [Art. 112 ZGB](#), N. 11; FamKomm Scheidung/Fankhauser, [Art. 112 ZGB](#), N. 15; Spühler, Neues Scheidungsrecht, Zürich 2000, § 14, 76; [ATF 127 III 433](#) s. consid. 1, [ATF 113 II 97](#) consid. 2., ATF 105 II 223 s. consid. 1 c, et arrêts cités par Meier, AJP/PJA 1998, 221, 223, notamment [ATF 98 II 341](#) et SJ 2002 I 276, 277 consid. 3a.

41 Antérieure au nouveau droit SJ 1998, 721 consid. 3a, elle conserve son actualité avec le nouveau droit : BaslerKomm/Gloor, [Art. 112 ZGB](#), N. 11; FamKomm Scheidung/Fankhauser, [Art. 112 ZGB](#), N. 15; Spühler (Fn. 40), § 14, 76; de même qu'avec le nouveau CPC : Cf. Message du Conseil Fédéral relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006, 6841 s, 5959 s.

42 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 ATF [5A_449/2008](#), 15.09.2008, [FamPra.ch 2009, 206](#)). Cf. pour une jurisprudence intéressante à propos de l'[article 126 CC](#) : ATF [5A_664/2007](#), 23.04.2008, [FamPra.ch 2008, 954](#)ss.

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

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

45 Meier, AJP/PJA 1998, 221 ss, 223, 224, N. 9 ; ATF 98 II 342 : cessation de la copropriété existant entre les époux renvoyée *ad separatum*.

46 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 (ATF précité 5C_221/2001 cons. 3a) ».

[47](#) ATF 111 II 401.

[48](#) Meier, AJPA/PJA 1998, 221, 224 et références doctrinales et jurisprudentielles citées.

[49](#) Cf. à propos de la prétention de nature obligationnelle fondée sur l'[article 165 CC](#), les développements critiques de Meier, AJPA/PJA 1998, 221, 226.

[50](#) ATF 108 II 385.

[51](#) Meier, AJPA/PJA 1998, 221, 226 et références doctrinales citées ; et art. 274, 277 al. 1, 285 lit. c. et 290 lit. c. CPC.

[52](#) Cf. supra II 1.

[53](#) Art. 2 al. 1 LFors, Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur les fors, FF 1999, 2591 ss, 2599, 2603, 2606 et Deschenaux/Steinauer/Baddeley (Fn. 7), N. 869 s, notamment 871b. A noter qu'en revanche, le for du lieu de situation de l'immeuble est impératif s'agissant de la juridiction gracieuse ([art. 29 al. 4 CPC](#))

[54](#) Bucher, Droit international privé Suisse, Basel 1992, N. 448 ; Basler Komm IPRG/Dutoit [Art. 51 LDIP](#), N. 7; cf. également art. 108 et 112 ss LDIP ; et Message du Conseil Fédéral du 28.6.2006 concernant le Code de procédure civile, FF 2006 6841 s. notamment 6875 et 6882.

[55](#) Cf. à cet égard l'arrêt du Tribunal fédéral [5A_28/2009](#), [FamPra.ch 2010, 420](#) s.

[56](#) JCP édition générale, 44 II 10175, note Vignal. Il est intéressant de constater, à cet égard, que dans l'arrêt du Tribunal fédéral du 12.06.2008, 5A.220/2008, [FamPra.ch 2009, 165](#) cité sous note 25, cet argument juridique n'a pas été envisagé, à tout le moins sous l'angle constitutionnel.

[57](#) Deschenaux/Steinauer/Baddeley (Fn. 7), N. 1202.

[58](#) On relèvera à cet égard que l'administration fiscale française a rédigé une liste des partenariats enregistrés de droit étranger assimilables au PACS de droit français ; elle ne s'est pas encore prononcée quant au droit suisse (cf. *infra*, IV.2.e).

[59](#) Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe du 29 novembre 2002, FF 2003 1220ss.

[60](#) Werro, Concubinage, mariage et démariage, 5ème éd., Bern 2000, N. 934 ; Deschenaux/Steinauer/Baddeley (Fn. 7), N. 805.

[61](#) Baddeley/Terrier, Droit patrimonial de la famille, Problèmes choisis de liquidation du régime matrimonial, Zürich 2004, 143.

[62](#) Haas, La créance de plus-value et la récompense variable dans le régime de la participation aux acquêts, Zürich 2005, 1, note 2 avec mention de l'arrêt du Tribunal fédéral 5C_137/2001, FamPra.ch 2002, 118ss.

[63](#) Message du Conseil fédéral du 11 juillet 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. 7), N. 1623c : prêt partiaire ou contrat de société.

[64](#) Baddeley/Terrier (Fn. 61), 143. Cf. également à ce sujet, la jurisprudence du Tribunal fédéral et les critiques de Meier citées supra ad II.3.

[65](#) [Art. 201 al. 1 CC.](#)

[66](#) [Art. 198 CC.](#)

[67](#) Deschenaux/Steinauer/Baddeley (Fn. 7), 540 ss, ainsi que des cas d'illustration de cette méthode figurant dans Baddeley/Terrier (Fn. 61), 121ss.

[68](#) Steinauer, La jurisprudence récente du Tribunal fédéral relative aux articles 206 et 209 CCS Successio 2008, 100, en particulier note 27 et Baddeley/Terrier (Fn. 61), 122.

[69](#) [Art. 198 ch. 4 CC.](#)

[70](#) 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 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 5A_251/2008, 6.11.2008 et [5A_591/2009](#), 22.10.2009, [FamPra.ch 2010, 167](#). Cette valeur, qui peut être plus basse que le prix du marché, risque de poser des problèmes fiscaux en France : en présence de litiges 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.).

[71](#) Voir sur ce point une analyse complète en 21 principes dans Steinauer (Fn. 18), La jurisprudence récente du Tribunal fédéral relative aux articles 206 et 209 CC, 93ss.

[72](#) Deschenaux/Steinauer, Le nouveau droit matrimonial, Bern 1987, 255, 257 ; arrêt du Tribunal fédéral 5C_73/2005, 14.10.2005 ; Steinauer, Successio 2008, 96.

[73](#) ATF 132 III 146.

[74](#) [ATF 131 III 252](#), JT 2005 I 354.

[75](#) Deschenaux/Steinauer/Baddeley (Fn. 7), N. 1261.

[76](#) Arrêt du Tribunal fédéral 29.2.2008, [5A_311/2007](#), [FamPra.ch 2008, 627](#).

[77](#) ATF 121 II 304.

[78](#) Deschenaux/Steinauer/Baddeley (Fn. 7), N. 1219 et 1220, et Steinauer, Successio 2008, 95, qui rappelle que le Tribunal fédéral a cependant attribué non pas la moitié mais l'entier de la plus-value générée par les amortissements effectués par annuités à la masse qui avait assuré le financement.

[79](#) Deschenaux/Steinauer/Baddeley (Fn. 7), N. 1224 ; et arrêt du Tribunal fédéral 5A_725/2008, 6.8.2009, [FamPra.ch 2009, 1035](#).

[80](#) Cf. également ATF 121 II 304.

[81](#) Arrêt du Tribunal fédéral [5A_311/2007](#), 29.2.2008, [FamPra.ch 2008, 627](#).

[82](#) cf. pour les méthodes de calcul, en général, des créances variables selon les articles 206 et 209 CC : Deschenaux/Steinauer/Baddeley (Fn. 7) N. 1183 ss, et, pour un exemple concret de calcul, Steinauer (Fn. 18), 53 ss. 58.

[83](#) Ce montant inclut une contribution de CHF 25 000.– en faveur de l'époux ([art. 206 CC](#)), dès lors que les deux conjoints sont réputés avoir acquis le bien en copropriété pour moitié chacun. Cette présentation, sans incidence sur le résultat, a été choisie afin d'alléger le tableau (en réalité), les fonds propres réputés investis par chacun des époux sont de CHF 100 000.– les acquêts de M. ont donc une dette de CHF 25 000.– envers les bien propres de Mme, lesquels ont une créance de CHF 25 000.–.

[84](#)

[85](#)

[86](#) Baddeley/Terrier (Fn. 51), 143.

[87](#) Pour éviter une révocation de la convention de divorce, possible tant qu'elle n'a pas été ratifiée par le juge (art. 279 al. CPC), ou en appel après ratification, les époux prudents seraient avisés de faire revêtir à leurs accords la forme authentique du contrat de mariage ; cf. à ce sujet sous l'empire de l'ancien [art. 111 al. 2 CC](#) ; arrêt du Tribunal Fédéral 5 A_372/2008, 25.11.2008 ; cf. également arrêts du Tribunal fédéral 5C_270/2004, 4.7.2005 et 5C_163/2006, 3.11.2006.

[88](#) 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.

[89](#) Par exception, s'il s'agit de la première mutation dans les cinq ans de l'achèvement d'un bien acquis en l'état futur d'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%).

[90](#) 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).

91 Vasseur, AN 2 avril 1990, 1493, N. 23.560.

92 Pour plus de détails : Documentation pratique Francis Lefebvre Fiscal – ENR. VII N. 800ss.

93 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 1er 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.

94 D. adm. 7 F-123 N. 1, 15 juin 2000.

95 Cass. Req. 3 mars 1884, Ind. Enr. 1893, 136, N. 2694

96 Rép. Min. fin. Dassié (JOAN CR 7 déc. 1972, 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).

97 Art. 680 du C.G.I.

98 Pour la liste des partenariats étrangers assimilés au PaCS de droit français, se référer à l'instruction du 29 décembre 2009, Bulletin Officiel des Impôts 5-B-4-10, No 6, publiée le 13 janvier 2010, à l'adresse suivante : <http://doc.impots.gouv.fr/aida/Apiw.fcgi?FILE=html>

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

100 Cf. note 21.