

L'ingénierie notariale immobilière dans un contexte international : mutation et financement

Inf. 15



Olivier Valard,

notaire à Paris, président de la 1^{re} commission du 118^e Congrès des notaires de France



Laure Pasquier-Mignot,

notaire à Paris, rapporteur de la 1^{re} commission



Romain Illhé,

notaire à Ambares et Lagrave, rapporteur de la 1^{re} commission

1. C'est un constat régulier et grandissant : les contrats, les transactions immobilières, les actes notariés sont de plus en plus soumis à un élément d'extranéité, que ce soit lors de l'investissement immobilier initial ou en cours de détention, ou encore au moment d'une mutation. Peuvent ainsi devoir être pris en compte l'effet de la nationalité d'une des parties, sa résidence fiscale à l'étranger, un changement de résidence habituelle, la modification de la détention de l'immeuble au profit d'une structure étrangère, etc.

2. Au 1^{er} janvier 2021, plus de 2,5 millions de Français vivent à l'étranger, et plus de 5 millions d'étrangers vivent en France. Les non-résidents détiennent 125 milliards d'euros d'actifs immobiliers résidentiels en France à la fin 2019, soit plus de quatre fois plus que fin 2001. 42% des non-résidents détenteurs d'immobilier résidentiel sont nés en France, et donc très vraisemblablement expatriés. Les premiers investisseurs sont les résidents du Royaume-Uni (29 milliards d'euros à la fin 2019, soit presque un quart des investissements directs immobiliers pour ce seul pays), de la Suisse (16 milliards, soit environ 13%) et de la Belgique (15 milliards d'euros, soit 12%), suivis de ceux de l'Allemagne et de l'Italie (*R. Morel et J. Uri, L'augmentation des investissements immobiliers des non-résidents est tirée par les expatriés : publication du ministère de la transition écologique, sous-direction des statistiques du logement et de la construction, octobre 2021 [ISSN : 2557-8510, en ligne]*).

3. Particulièrement en présence de clients étrangers ou de résidents fiscaux étrangers, le notaire a un rôle d'interlocuteur de confiance à jouer :

- au stade de l'acquisition : en étant force de propositions sur les structures adaptées au contexte international, en anticipant les problématiques liées au financement ainsi qu'en délivrant une information claire et adaptée à des clients non familiarisés avec l'environnement juridique français ;
- pendant la détention : en assurant un suivi de la gestion immobilière, pour conseiller en cas d'évolution de la situation personnelle, familiale ou fiscale, ou encore pour optimiser et adapter l'imposition des revenus ;
- lors de la revente ou en vue de la transmission, en proposant des solutions adaptées et optimisées, tant sur les plans civil que fiscal, tenant compte des particularités liées à l'extranéité.

Nous envisagerons ici certaines bonnes pratiques et points de vigilance permettant d'anticiper le projet immobilier ou son financement dans un contexte international. L'ingénierie notariale liée aux problématiques fiscales internationales sera abordée dans l'article suivant.

ANTICIPER LE PROJET IMMOBILIER DANS UN CONTEXTE INTERNATIONAL

4. **Le notariat doit être extrêmement vigilant.** « La recherche d'éléments d'extranéité est un préalable au traitement de chaque dossier, quand bien même aucun signal particulier ne donne l'alerte »

(*O. Herrnberger et B. Vareille, Notaires, qu'avez-vous fait des réformes ? : Defrénois 9-9-2021 n° 202w9 p. 23*).

Un investissement dans un contexte international est de nature à générer plus facilement des litiges ou contentieux, s'il n'est pas appréhendé de façon globale et anticipée. Les points d'attention varient bien sûr d'une opération à l'autre, mais certaines problématiques sont récurrentes et des réflexes doivent exister. Sans prétendre envisager l'ensemble des problématiques, nous aborderons celles qui illustrent le rôle d'anticipation et l'importance particulière de l'ingénierie du notaire en matière d'investissement immobilier international.

Informer les clients étrangers sur les étapes du processus immobilier

Tenir compte des différences entre pays en matière immobilière

5. L'investisseur étranger méconnaît souvent, et fort légitimement, le système juridique français ainsi que le déroulement global d'une transaction immobilière en France. Nous soulignons ici le caractère illusoire du principe « Nul n'est censé ignorer la loi » (s'il est déjà bien difficile d'exiger d'un investisseur français, dont ce n'est pas le métier évidemment, de connaître les rouages et subtilités de ce type d'opération, qu'en est-il alors d'un investisseur étranger?). Cette méconnaissance est, par essence, source de conflits et de litiges, tant il apparaît que l'incompréhension sera naturellement susceptible de susciter ces difficultés. À cette

méconnaissance peut s'ajouter l'incompréhension de la langue française. Le notaire doit alors être particulièrement attentif à son devoir d'information et de conseil, en prenant le temps d'apporter des explications particulières et adaptées, en tenant compte du fait que son interlocuteur n'est pas naturellement sensibilisé à la matière ou qu'il peut être induit en erreur dans sa compréhension par des références erronées à son environnement juridique classique.

Processus de vente immobilière et droit comparé

Si le processus de vente immobilière dans les pays de droit continental repose souvent sur les mêmes grands principes, les mêmes étapes essentielles, il présente aussi une grande diversité de particularités; celles-ci peuvent être autant de pièges et de sources d'incompréhension.

Le monopole en matière de vente immobilière ne bénéficie, par exemple, pas aux notaires autrichiens, hongrois ou tchèques. De même, si le recours à l'avant-contrat est presque systématique en France, en Belgique ou en Italie, il reste rare en Espagne et en Suisse, et presque inexistant en Allemagne, en Autriche ou en Russie.

Une autre différence notable est celle du rôle respectif du contrat et de la publicité : le transfert de propriété résulte de l'acte signé chez le notaire dans les pays de droit latin, alors qu'il résulte de l'inscription dans le registre public en Allemagne, en Autriche, dans les départements français d'Alsace-Moselle et avec quelques nuances en Suisse. L'Espagne connaît quant à elle un système hybride, avec un transfert de propriété nécessitant la signature du contrat ainsi que la tradition de la chose.

Nous renvoyons ici au guide pratique sur le processus de vente immobilière dans les différents pays membres édité par l'Association des notaires des métropoles européennes (ANME) à l'occasion de ses vingt ans (*La vente immobilière et les successions en Europe : 20 ans de l'Association des notaires des métropoles européennes (ANME, 1995-2015)*).

L'opportunité de notes et schémas explicatifs

6. Il sera opportun d'adresser à un client étranger, en début de dossier, une note ou un schéma retraçant avec une présentation et des explications simples les étapes qui

seront suivies jusqu'à l'acte final, ainsi que les délais et actions à respecter et à accomplir, côté notaire ou côté client. Dans le cadre des travaux du 118^e Congrès des notaires de France, nous proposons un exemple de schéma explicatif du déroulé d'un processus immobilier français pouvant être remis à un client étranger.

Anticiper les choix d'avant-contrat et de loi

Choix d'avant-contrat

7. Nous rappellerons ici les travaux du 115^e Congrès des notaires de France et la proposition adoptée suite à un vote favorable de 97% des votants : « Que les notaires adaptent leur pratique et leurs actes au contexte international en prévoyant la signature de promesses unilatérales de vente authentiques et une désignation de la loi applicable par les parties dans toutes les promesses de vente, les actes de vente et généralement, dans tous les contrats qu'ils dressent » (*115^e Congrès des notaires de France : L'international : qualifier, rattacher, authentifier, Bruxelles, 2-5 juin 2019, proposition n° 1 de la 4^e commission*).

Dans un contexte international, notamment en présence d'un promettant domicilié à l'étranger, le recours à la promesse unilatérale de vente authentique permet ainsi, par son mécanisme, de faciliter l'exécution de l'acte en cas de défaillance de l'une des parties.

Choix de loi

8. Quant à la loi applicable à une promesse de vente reçue par un notaire français en France concernant un immeuble situé en France, il ne s'agit pas automatiquement de la loi française. En effet, ne faisant pas naître des droits réels mais des droits personnels, elle ne bénéficie pas du rattachement opéré par le règlement européen dit « Rome I » à la loi du lieu de situation de l'immeuble. À défaut de choix de loi, qui est pourtant fondamental, c'est la loi du lieu de résidence du vendeur (débitrice de la prestation caractéristique) qui est applicable.

Respecter les lois de police françaises

Définition d'une loi de police

9. L'article 9 du règlement européen « Rome I » (*Règl. 593/2008 du 17-6-2008*) définit la loi de police comme « une disposition

impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics (...) au point d'en exiger l'application à toute stipulation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat (...) ».

Qualification de loi de police et son application dans un contexte international

10. En présence d'un élément d'extranéité tel qu'une partie domiciliée à l'étranger ou de nationalité étrangère, et surtout lorsque les parties auront décidé de soumettre leur contrat à une loi étrangère, il conviendra de s'interroger sur l'application des lois de police françaises et sur leurs modalités d'application.

Ce sera notamment le cas des lois dites « SRU » (*Loi 2000-1208 du 13-12-2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains*) et « Alur » (*Loi 2014-366 du 24-3-2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové*), ou de l'article 215 alinéa 3 du Code civil, les dispositions protectrices du régime matrimonial de base relevant du domaine des lois de police. Dès lors, en présence d'un vendeur étranger, si l'immeuble hébergeant la famille est situé en France, il conviendra d'obtenir le consentement de son conjoint s'il s'agit du logement de la famille.

Concernant les diagnostics immobiliers (*CCH art. L 271-4*), le vendeur peut-il éluder leur réalisation lorsque les parties ont soumis le contrat de vente de l'immeuble situé en France à une loi étrangère? Il semble devoir être considéré que la réalisation des diagnostics (composant le dossier de diagnostic technique) s'impose pour des raisons d'intérêt public, et que la qualification de loi de police doit être retenue (*A. Desnuelle et C. Sainte-Cluque-Godest, La place des lois de police en cas de vente d'immeuble présentant un élément d'extranéité : SNH 23/19 inf. 10; J. Gasté et X. Ricard, Quels sont les diagnostics à fournir en matière de vente en contexte international? : JCP N 2014 n° 1207*).

Anticiper et analyser les règles de minorité et de protection des parties au contrat (de la nécessité éventuelle de l'autorisation de juridictions étrangères)

11. La situation d'un mineur étranger détenteur d'un immeuble en France est de plus en plus fréquente du fait de

l'internationalisation des transactions, et notamment à la suite du décès du parent qui avait acheté une résidence en France. La représentation et la protection des incapables relèvent du statut personnel régi par la loi nationale, sous réserve de l'application de conventions internationales ou des règlements européens, et notamment :

- de la convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur la compétence des autorités et la loi applicable à la protection des mineurs ;
- de la convention de La Haye du 19 octobre 1996 relative notamment aux autorités compétentes (en principe celles de l'État de résidence de l'enfant) pour la protection de la personne et des biens et la détermination de la loi applicable par ces autorités ;
- du règlement dit « Bruxelles II bis » (Règl. 2201/2003 du 27-11-2003) ou, à compter du 1^{er} août 2022, du règlement dit « Bruxelles II ter » (Règl. 2019/1111 du 25-6-2019), donnant notamment compétence en principe aux juridictions de l'État dans lequel l'enfant a sa résidence habituelle ;
- et des conventions bilatérales auxquelles la France est partie.

Acquisition internationale et anticipation successorale

12. Penser dès l'acquisition à la transmission future dans un contexte international. Lorsque des clients étrangers procèdent

à un investissement immobilier en France, il conviendra d'envisager avec eux, dès ce moment, le sort de ce bien à l'avenir, et les modalités de sa transmission en cas de décès, tant sur les aspects civils que fiscaux.

Il peut notamment leur être conseillé de modifier la loi applicable à leur régime matrimonial pour ce qui concerne le ou les biens immobiliers situés en France, ce qui permettra l'application d'un régime de communauté universelle avec clause d'attribution au conjoint survivant, ou une tontine ou société tintinière, ou encore une renonciation anticipée à l'action en réduction (Raar) en cas de donation, pour éviter le mécanisme de la réserve de droit français.

De la pratique des procurations dans un contexte international

Procurations notariées à distance

13. En cas de nécessité d'une procurations authentique et si le client ne peut (ou ne veut) se déplacer en France devant un notaire français, une procurations notariée à distance pourra être utilisée. Mises en place en période de crise sanitaire et pour un temps limité, les procurations authentiques à distance ont été instaurées durablement par décret du 20 novembre 2020 (Décret 2020-1422 du 20-11-2020). Sans être réservées aux Français de l'étranger, elles pallient notamment les difficultés résultant

de la suppression des fonctions notariales des consuls à l'étranger. Ce texte pérennise le dispositif autorisé à titre exceptionnel et temporaire par le décret du 3 avril 2020 ayant autorisé l'acte notarié à distance jusqu'au 10 août 2020 (Décret 2020-395 du 3-4-2020).

Procurations authentiques à l'étranger

14. Il pourra également être utile de recourir à une procurations établie sous une forme locale équivalente à un acte authentique français. Il convient cependant d'être vigilant. La Cour de cassation a précisé que la procurations devra être reçue par un professionnel délégataire de la puissance publique, habilité à authentifier la signature des personnes qu'il reçoit et ayant informé les signataires sur les conséquences de l'acte (Cass. 1^{er} civ. 14-4-2016 n° 15-18.157 F-PB : JCP G 2016 n° 782 note P. Callé). La jurisprudence de la Cour de cassation conduit ainsi à ne pas recourir à une procurations dressée par un notary public d'un pays du Commonwealth lorsqu'une procurations authentique est nécessaire (voir P. Callé, note précitée). Le notary public américain n'est pas non plus considéré comme ayant une fonction équivalente à celle d'un notaire français. En Angleterre, ce sera en revanche le cas du scrivener notary.

Veiller à faire le choix de la loi française dans la procurations

15. En vertu de la convention de La Haye du 14 mars 1978, c'est aux parties de choisir la loi applicable à la procurations quant au fond ; à défaut de choix exprès, c'est la loi de résidence habituelle du mandataire qui s'appliquera. Il conviendra donc de bien préciser que la loi française sera applicable.

ANTICIPER LE FINANCEMENT DANS UN CONTEXTE INTERNATIONAL

16. Les situations d'emprunt transfrontière sont de plus en plus fréquentes : c'est le cas d'étrangers, résidents français ou non, recourant à un emprunt dans leur pays d'origine pour financer l'acquisition d'un bien immobilier en France ; ou de Français souhaitant financer l'acquisition d'une résidence secondaire à l'étranger. Dans le cadre de leur devoir d'information et de conseil, les notaires sont tenus d'accompagner et d'avertir leurs clients sur les implications découlant d'un élément d'extranéité, qu'il provienne du fait que l'établissement

À retenir :

- un mineur de nationalité française peut avoir besoin d'une autorisation pour acquérir un bien en France ;
- la résidence habituelle du mineur peut changer et faire évoluer les solutions dans le temps.

Quelques exemples (S. Glover-Bondeau, *Acquisition ou cession d'un immeuble en France par un mineur de nationalité étrangère ou résidant à l'étranger* : JCP N 2013 n° 1173) :

1. Regards croisés franco-allemands

Un mineur de nationalité française résidant en Allemagne se porte acquéreur d'un bien immobilier en France : en application de la convention de La Haye du 19 octobre 1996, c'est la loi allemande (loi de la résidence habituelle) qui devra être appliquée à la question de la représentation du mineur. Le droit allemand (BGB [Code civil allemand] art. 1643) prévoit que l'acquisition d'un immeuble par un mineur doit être autorisée par le tribunal (par le juge du tribunal familial [Familiengericht]) compétent par application du règlement dit « Bruxelles II bis » en tant que juridiction de l'État membre de résidence habituelle.

Alors qu'à l'inverse, un mineur de nationalité allemande résidant en France n'aura pas besoin

d'autorisation pour acquérir un bien immobilier en France (hors emprunt avec garantie réelle), puisqu'en droit français, pays de la résidence habituelle, le placement de capitaux au nom d'un enfant mineur n'est pas soumis à autorisation.

2. Regards croisés franco-suisse

Un mineur de nationalité suisse résidant en France recueille un immeuble situé en France dans la succession de son père. En application de la loi française (loi de la résidence habituelle du mineur), une autorisation judiciaire (du juge français aux affaires familiales) sera nécessaire pour la vente de l'immeuble.

Alors qu'un mineur français ayant sa résidence habituelle en Suisse pourra vendre le bien situé en France sans autorisation judiciaire, la loi suisse conférant à la mère détentrice de l'autorité parentale la faculté de vendre sans autorisation un immeuble appartenant à son enfant (C. civ. suisse art. 297 et 318).

bancaire prêteur est situé à l'étranger ou du fait que la garantie du financement doit être prise sur un bien situé à l'étranger par exemple. Il conviendra dans tous les cas de veiller à l'exécution de l'acte à l'étranger.

La matière est large et dense, nous axerons ici nos développements sur les points de vigilance, et les difficultés potentielles que le notaire devra anticiper et lever, en développant son ingénierie.

Il s'agira ainsi notamment de veiller aux points suivants.

Vérifier l'identité du prêteur

17. Lorsqu'un investissement en France est réalisé au moyen d'un financement consenti par un établissement de crédit étranger, vérifier l'identité du prêteur permet de déterminer si son intervention sur le marché français est bien autorisée. En pratique, cela passera par la consultation du site du registre des agents financiers (www.regafi.fr), qui recense les établissements de crédit ayant obtenu un agrément pour exercer une activité bancaire en France. Précisons qu'en application du principe de reconnaissance mutuelle, si un établissement de crédit est agréé dans un État membre (lieu de son siège), il le sera dans les autres États membres (où il pourra créer une succursale).

Déterminer la loi applicable au financement

18. À cet égard, une distinction s'opère entre la loi applicable au contrat de prêt et celle applicable aux garanties du contrat de prêt, qui nécessite de vérifier la cohérence entre ces deux lois, notamment en présence d'une banque étrangère et d'une hypothèque légale de prêteur de deniers. Nous renvoyons ici à nos développements dans le cadre du rapport du 118^e Congrès des notaires de France et au projet en cours de codification du droit international privé.

Vérifier la nécessité de traduction de l'offre de prêt

19. Un autre point de vigilance important dans le cadre d'un emprunt consenti à des étrangers et générateur de responsabilité notariale tient à la question de la traduction du contrat de prêt. Nous ferons ici référence aux recommandations formulées dans le cadre de la 66^e Assemblée de liaison des notaires de France (*C. Etien, Le notaire et le financement de l'achat de l'immeuble*

européen : Rapport de la 66^e Assemblée de liaison des notaires de France, 2015). Dans le cadre de son devoir d'information et de conseil, le notaire doit s'assurer que l'emprunteur a compris la portée de son engagement et donc les conditions de l'offre de prêt. Dans le cas de clients étrangers, l'offre de prêt doit être traduite dans la langue de l'emprunteur par un traducteur assermenté dès son émission par la banque, pour la validité de la purge du délai de réflexion prévu par la loi Scrivener. Et l'acte authentique doit comporter en annexe les deux versions signées par les emprunteurs (et être lui-même traduit). En conséquence, si le notaire constate que l'offre de prêt n'a pas été traduite dans la langue de l'emprunteur, il est impératif de demander à la banque de procéder à cette traduction et de purger à nouveau le délai de réflexion de la loi Scrivener.

Anticiper l'exécution à l'étranger

20. Informer les parties. Il appartient au notaire de vérifier qu'un acte, qu'il soit de prime abord destiné à circuler à l'étranger ou non, pourra y être efficace, conformément à l'obligation des notaires de s'assurer de la portée et de l'efficacité des actes qu'ils reçoivent. Or, à ce jour, le titre exécutoire européen est peu utilisé en pratique. Il n'est pas obligatoire de mentionner dans l'acte qu'il peut circuler comme titre exécutoire européen, mais dans le cadre de son devoir d'information il est important que le notaire en avise les parties. Lors du 111^e Congrès des notaires de France, il a été préconisé d'inclure une clause dans les actes concernés (*Rapport du 111^e Congrès des notaires de France, La sécurité juridique : un défi authentique, Strasbourg, 10-13 mai 2015, 1^e commission, T. Gruel et C. Farenc, p. 226, n° 1522*).

Attention donc à la responsabilité du notaire qui n'aurait pas prévu dans l'acte une clause permettant la délivrance d'un titre exécutoire européen; cette responsabilité pourrait par la suite être recherchée par le créancier dépourvu de la possibilité de demander la délivrance d'un tel titre.

21. Connaître la procédure. Pour qu'un acte authentique dressé par un notaire français et constatant une créance puisse avoir force exécutoire à l'étranger, il existe deux procédures : celle prévue par le règlement européen dit « Bruxelles I bis » ou celle du titre exécutoire européen. L'article 25

du règlement portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées (*Règl. CE 805/2004 du 21-4-2004*) dispose que l'acte « est, sur demande, adressé à l'autorité désignée par l'État membre d'origine, certifié en tant que titre exécutoire européen en utilisant le formulaire type figurant à l'annexe III ». En France, le Code de procédure civile donne compétence au notaire rédacteur de l'acte pour délivrer le certificat de titre exécutoire européen (*CPC art. 509-3, al. 3 : « Par dérogation à l'article 509-1 sont présentées au notaire ou à la personne morale titulaire de l'office notarial conservant la minute de l'acte reçu les requêtes aux fins de certification des actes authentiques notariés en vue de leur acceptation et de leur exécution à l'étranger en application du règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées. »*). Cela est également le cas en Belgique, en Espagne et au Luxembourg, par exemple, mais en Italie il est délivré par le tribunal.

Le certificat tient sur deux pages et est multilingue. C'est le notaire rédacteur de l'acte qui délivre lui-même le certificat. L'acte concerné doit contenir une clause dans laquelle les parties requièrent le notaire de délivrer un certificat de titre exécutoire. Les créances constatées dans un acte authentique sont par nature incontestées et entrent donc dans le champ d'application du règlement. Il peut aussi être prévu dans un contexte initial franco-français, par exemple pour anticiper la possibilité de saisir des biens du débiteur à l'étranger.

Des informations sont fournies par chaque État membre sur le portail e-justice : https://e-justice.europa.eu/376/FR_european_enforcement_order?clang=fr.

Les conséquences du Brexit en matière d'exécution des actes authentiques

Pour les actes authentiques français dressés à compter du 1^{er} janvier 2021, les procédures prévues par le règlement Bruxelles I bis et le règlement sur le titre exécutoire européen ne pourront plus être utilisées pour les actes destinés à être appliqués ou exécutés au Royaume-Uni. Un exequatur et une apostille devront être demandés.

L'ingénierie notariale immobilière dans un contexte international : fiscalité

Inf. 16



Olivier Valard,

notaire à Paris, président de la 1^{re} commission du 118^e Congrès des notaires de France



Laure Pasquier-Mignot,

notaire à Paris, rapporteur de la 1^{re} commission



Romain Illhé,

notaire à Ambares et Lagrave, rapporteur de la 1^{re} commission

1. Le constat régulier et grandissant a déjà été fait et rappelé (*voir inf. 15*) : les contrats, les transactions immobilières, les actes notariés, sont de plus en plus souvent soumis à un élément d'extranéité, que ce soit lors de l'investissement immobilier initial ou en cours de détention, par l'effet de la nationalité d'une des parties, de sa résidence fiscale à l'étranger, d'un changement de résidence habituelle (avec un effet sur l'anticipation de la loi successorale), de la modification de la détention de l'immeuble au profit d'une structure étrangère ou soumise à une loi étrangère, etc.

2. Particulièrement en présence de clients étrangers ou résidents fiscaux étrangers, le notaire a un rôle d'interlocuteur de confiance à jouer :

- pour anticiper le processus immobilier en proposant des structures et solutions adaptées au contexte international, ainsi qu'en délivrant une information claire et adaptée à des clients non familiarisés avec l'environnement juridique français (*voir inf. 15*);
- pour anticiper les problématiques fiscales dans un contexte international.

Si la matière fiscale est complexe, elle l'est davantage lorsqu'elle revêt une dimension internationale.

Particulièrement en cette matière, les notaires doivent être en mesure de conseiller leurs clients et d'anticiper avec eux les difficultés pouvant survenir dans le cas d'un investissement immobilier à l'étranger ou d'un investissement immobilier en France réalisé par des non-résidents. Nous soulignerons également certains points particuliers de vigilance en matière de fiscalité dans un contexte international.

INGÉNIERIE NOTARIALE FISCALE ET INVESTISSEMENT INTERNATIONAL

3. Multiplicité des investissements internationaux. L'investissement international recouvre deux situations qui nous semblent devoir être distinguées. L'ingénierie notariale doit alors s'appliquer à l'investissement français à l'étranger d'une part, et à l'investissement étranger en France d'autre part.

Ingénierie notariale fiscale et opérations immobilières à l'étranger de résidents français

4. Le rôle d'information du notaire français en matière de fiscalité étrangère.

Nombreux sont les résidents français qui décident d'acquérir ou de vendre un bien immobilier à l'étranger. Même si un notaire ou un juriste étranger interviendra vraisemblablement dans le cadre de la transaction, un notaire français peut être amené à envisager avec son client les conséquences fiscales d'une telle opération, que ce soit en France ou dans le pays concerné. Sans pouvoir dresser un panorama complet de la fiscalité alors applicable, il devra être en mesure d'attirer l'attention sur certaines problématiques, pour anticiper avec lui les éventuelles incompréhensions, difficultés et déconvenues pouvant se présenter.

5. Le sort des revenus locatifs perçus à l'étranger. Quand un client français acquiert un bien immobilier à l'étranger et le loue, le notaire devra l'informer sur la fiscalité des revenus locatifs : ceux-ci seront

imposés dans l'État de situation du bien (ce principe est consacré par le modèle de convention fiscale de l'OCDE et s'applique presque systématiquement, même en l'absence de convention fiscale) mais devront également être pris en compte pour la détermination de l'impôt français (en l'absence de convention fiscale, les revenus étrangers sont soumis à l'impôt en France sous déduction de l'impôt étranger ; en présence d'une convention fiscale, les revenus étrangers seront généralement exonérés en France mais avec application du mécanisme du taux effectif ou du crédit d'impôt). Et cette fiscalité à double étage peut grever significativement la rentabilité de l'investissement.

6. Imposition des plus-values immobilières réalisées à l'étranger. Comme en matière de revenus locatifs, il sera primordial de rappeler que l'imposition à l'étranger n'exclura pas nécessairement une imposition en France sauf :

- cas d'exonération prévu par la loi française ;
- convention fiscale (avec application en principe soit du taux effectif dans les conventions fiscales plus anciennes, soit d'une imposition théorique avec la méthode du crédit d'impôt).

En outre, il conviendra de les avertir de la nécessité de remplir une déclaration de revenus spéciale (*déclaration n° 2048-IMM-SD*), sauf cas d'exonération.

7. La proposition du 115^e Congrès des notaires de France pour éviter les doubles impositions en matière de plus-value.

Une des propositions du 115^e Congrès des notaires de France était de modifier le CGI pour éviter que l'impôt de plus-value immobilière ne soit acquitté à l'étranger et également en France (*Rapport du 115^e Congrès des notaires de France, Bruxelles, 2-5 juin 2019, L'international : Qualifier, Rattacher, Authentifier*).

8. Investissement à l'étranger et impôt sur la fortune immobilière (IFI) en France.

Tout investissement à l'étranger par un résident français, dès lors que la valorisation totale de son patrimoine immobilier excède le seuil de taxation, pourra être imposable en France à ce titre. Cette double imposition sera limitée soit grâce à une convention fiscale conclue entre la France et le pays concerné, soit grâce au mécanisme de l'imputation (imputation de l'impôt payé à l'étranger sur l'impôt dû en France) sur l'impôt exigible en France (*CGI art. 980*). Le rôle d'information du notaire est ici primordial.

Ingenierie notariale fiscale et opérations immobilières françaises des non-résidents

9. Par « investissement étranger en France », nous entendons la réalisation d'un investissement par des non-résidents fiscaux français (qu'ils soient de nationalité française ou étrangère) portant sur des biens immobiliers situés en France.

Par le jeu des conventions fiscales bilatérales, c'est la plupart du temps à l'État du lieu de situation de l'immeuble qu'est reconnu le droit d'imposer les revenus provenant de la détention de l'immeuble par des non-résidents. Ceux-ci seront donc majoritairement soumis aux impôts et taxes s'appliquant en France, à l'instar des résidents fiscaux français. Il n'en demeure pas moins que les particularités liées à la situation internationale devront être prises en compte et expliquées aux clients par le notaire français, que ce soit en matière de revenus immobiliers, d'imposition des plus-values ou en matière d'impôt sur la fortune immobilière.

Imposition en France des revenus immobiliers perçus par les non-résidents

10. Lorsqu'un notaire français intervient dans le cadre d'une acquisition réalisée en France par des clients étrangers avec un

objectif de location du bien, attirer leur attention sur la fiscalité applicable aux revenus immobiliers perçus est primordial.

11. Même taxation que les résidents français mais avec un taux minimum. Comme pour les résidents français, l'impôt dû au titre des revenus immobiliers (revenus fonciers ou bénéfices industriels et commerciaux) perçus en France par des non-résidents est calculé par application du barème progressif de l'impôt sur le revenu des personnes physiques. Toutefois, l'impôt ainsi calculé ne peut pas être inférieur à 20 % (ou 30 % selon l'importance des revenus) du revenu net imposable, sauf si le contribuable justifie que le taux moyen d'imposition de l'ensemble de ses revenus de source française et étrangère serait inférieur à ce pourcentage s'il était imposé en France (*CGI art. 197 A ; BOI-IR-DOMIC-10-20-10 n° 390*). En pareil cas, c'est ce taux moyen qui est retenu pour le calcul de l'impôt exigible sur les seuls revenus de source française. Lorsque les contribuables ont leur domicile fiscal dans un pays ayant conclu avec la France une convention fiscale, le taux minimum ne s'applique qu'aux seuls revenus effectivement imposables en France en vertu de cette convention.

12. Application des prélèvements sociaux.

Les revenus immobiliers perçus en France par des non-résidents sont soumis aux prélèvements sociaux au taux global de 17,2 % (7,5 % pour les personnes qui relèvent d'un régime obligatoire de sécurité sociale d'un autre État membre de l'Union européenne, de l'Espace économique européen ou de Suisse et ne sont pas à la charge d'un régime obligatoire français de sécurité sociale).

13. Associés de sociétés. Les associés personnes physiques de sociétés fiscalement translucides sont aussi soumis à l'impôt en France (sur le revenu et au nom des associés pour les sociétés de personnes et impôt sur les sociétés pour les sociétés de capitaux) au titre des revenus immobiliers perçus, qu'ils soient résidents ou non-résidents.

Imposition en France des plus-values réalisées par des non-résidents

14. Nous ne rappellerons pas ici les règles applicables en la matière. Les notaires sont régulièrement amenés à procéder à la détermination et au calcul de l'impôt sur la

plus-value immobilière dû en France par des non-résidents relevant du prélèvement visé à l'article 244 bis A du CGI (qu'il s'agisse de personnes physiques non fiscalement domiciliées en France ou de personnes morales ou organismes, quels qu'ils soient, dont le siège est situé hors de France ou de sociétés de personnes françaises dont les associés sont non résidents).

15. Particularités et points d'attention. En présence de clients non résidents cédant le bien immobilier dont ils sont détenteurs en France (et même en amont lorsqu'ils se porteront acquéreurs dudit bien), il faudra attirer leur attention sur les particularités suivantes :

- l'imposition au titre des plus-values immobilières vise la cession des biens immobiliers mais également des droits portant sur ces biens (usufruit, nue-propriété, droit de surélévation, etc.), ainsi que la cession des parts ou actions de sociétés à prépondérance immobilière (hors celles assujetties à l'IS);
- en cas de cession de parts ou actions de sociétés à prépondérance immobilière, il convient de vérifier si, en fonction de la convention fiscale applicable, il faut appliquer ou non le régime des plus-values immobilières (en raison de l'inquiétude de voir éludée la fiscalité d'enregistrement et de plus-value de cession d'une société à prépondérance immobilière détenant des biens en France, celle-ci doit obligatoirement être constatée par acte authentique; cf. *rapport du 111^e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 10-13 mai 2015, La sécurité juridique, un défi authentique, p. 913 n° 4361*);

- les exonérations prévues en faveur des résidents s'appliquent en principe aux non-résidents (sauf naturellement l'exonération de la résidence principale; et sauf l'exonération de la première cession d'un logement par un cédant non propriétaire de sa résidence principale ou celle de l'ancienne résidence principale des retraités et invalides de condition modeste).

Imposition des non-résidents au titre de l'impôt sur la fortune immobilière français

16. Lorsqu'il intervient pour une acquisition réalisée en France par des clients étrangers, le notaire ne devra pas omettre d'avertir ces derniers sur la fiscalité intrinsèque à cette détention, et notamment en matière d'impôt

sur la fortune immobilière. En effet, il résulte de la combinaison des articles 964 et 965 du CGI que les personnes physiques non résidentes de France sont assujetties à l'IFI (sous réserve de dépasser le seuil d'imposition) à raison de leurs actifs immobiliers situés en France (à savoir les biens et droits immobiliers situés en France et les parts ou actions de sociétés ou organismes français ou étrangers, à hauteur de la fraction de leur valeur représentative de biens et droits immobiliers situés en France).

INGÉNIERIE NOTARIALE À L'INTERNATIONAL : DOUBLES IMPOSITIONS ET POINTS DE VIGILANCE FISCAUX

17. Nous prendrons ici les exemples de l'imposition afférente aux sociétés civiles immobilières, de la mise à disposition gratuite du bien immobilier au profit des associés d'une société commerciale étrangère, du recours à la technique du démembrement de propriété, et des donations dans un contexte franco-belge.

Au vu du nombre de situations patrimoniales franco-belges, les Français figurant parmi les étrangers qui s'installent le plus en Belgique, nous avons axé une grande partie des développements qui suivent sur ce pays.

Les risques de double taxation dans un contexte transfrontière : l'exemple des revenus fonciers des sociétés civiles françaises

18. Double taxation : l'exemple de la Belgique. Les revenus fonciers des sociétés civiles immobilières françaises sont imposables en France au nom des associés, au prorata de leurs droits dans la société, selon les principes de transparence fiscale. Mais ces revenus fonciers peuvent être considérés comme des dividendes imposables dans l'État de résidence des associés, entraînant une double taxation. La Cour de cassation belge a ainsi jugé que l'attribution aux associés de sommes tirées de revenus fonciers français par une SCI française à des résidents belges devait s'analyser comme une distribution de dividendes imposables au précompte immobilier belge.

Quand un immeuble est détenu par une société civile française constituée d'associés non résidents, il sera nécessaire de vérifier la taxation à l'étranger des revenus perçus. La société civile immobilière est

en effet un outil de détention immobilière fréquemment utilisé par des non-résidents qui y trouvent, outre les avantages classiques, un intérêt fiscal lié à la situation internationale.

Parts de société civile : évolution récente de la jurisprudence dans un contexte franco-belge

19. La qualification des parts de SCI. Sur le plan civil, les titres de sociétés (même à prépondérance immobilière) constituent des biens meubles. Ces actifs mobiliers sont en principe soumis à une imposition exclusive dans l'État du domicile du détenteur desdits biens. Mais sur le plan fiscal, le droit interne français assimile les titres de sociétés (translucides) à prépondérance immobilière à des biens immeubles pour ce qui concerne le calcul des plus-values et en matière de droits de mutation à titre gratuit notamment. Ce qui n'est pas le cas dans d'autres systèmes fiscaux étrangers.

20. La renégociation en cours de certaines conventions fiscales. Plusieurs conventions fiscales sont en cours de renégociation à cet égard, la France souhaitant qu'elles prévoient que les parts de sociétés à prépondérance immobilière soient conventionnellement considérées comme des biens immobiliers.

21. Le cas franco-belge. Les conventions existant entre la France et la Belgique en matière d'impôt sur le revenu (et d'impôt sur les successions) ne prévoyaient pas jusqu'à récemment de définition des sociétés à prépondérance immobilière. La Cour de cassation belge ayant elle-même jugé le 29 septembre 2016 que les dispositions de la convention franco-belge n'empêchent pas la Belgique d'imposer les revenus attribués par les sociétés civiles semi-transparentes au profit de leurs associés résidents belges (que ce versement soit imposable ou non en France).

22. L'arrêt du Conseil d'État du 24 février 2020. Dans un arrêt du 24 février 2020, le Conseil d'État a qualifié les titres de sociétés à prépondérance immobilière de biens

immobiliers au sens de la convention fiscale franco-belge en matière d'impôt sur les revenus et plus-values (*CE 24-2-2020 n° 436392 : RJF 5/20 n° 480*). Cette qualification entraîne l'imposition en France de leur cession par des résidents belges.

23. Nouvelle convention fiscale franco-belge signée le 9 novembre 2021. Signée le 9 novembre 2021 (avec une entrée en vigueur au plus tôt au 1^{er} janvier 2023), la nouvelle convention fiscale franco-belge en matière d'impôt sur le revenu et sur la fortune introduit la notion de « prépondérance immobilière » et met donc fin à l'incertitude

qui existait en France depuis l'arrêt précité du Conseil d'État du 24 février 2020. C'est donc désormais la France qui a le pouvoir de taxer les plus-

values sur cession de titres de sociétés à prépondérance immobilière françaises (alors qu'en Belgique cette même plus-value est exonérée d'impôt sous certaines conditions et notamment si l'opération relève de la gestion normale du patrimoine privé).

Parts de société civile et pays du Golfe

24. Ingénierie notariale et intérêt d'acquiescer via une société pour des résidents de pays du Golfe. Avec certains pays du Golfe, et notamment les Émirats arabes unis, il existe des conventions fiscales mais qui ne prennent pas en compte la notion de société à prépondérance immobilière.

En structurant l'investissement par le biais d'une société et non via une acquisition en direct, on évite ainsi la taxation en France de la cession des parts, puisque la cession de biens mobiliers, ne sera imposable que dans l'État du domicile du cédant, étant entendu qu'il n'y aura pas non plus de taxation dans ces États.

La mise à disposition gratuite du bien immobilier au profit des associés d'une société commerciale étrangère

25. En France. En cas de mise à disposition gratuite d'un bien immobilier détenu via une personne morale étrangère, le notaire pourra utilement attirer l'attention des investisseurs étrangers sur la taxation en France. Il est en effet fréquent que des non-résidents

//
*L'usufruit n'est pas connu
des pays de Common Law*

//

détiennent une résidence secondaire en France au travers d'une société étrangère. Or les revenus des logements dont les contribuables se réservent la jouissance ne sont exonérés d'imposition qu'en présence de personnes physiques ou de sociétés de personnes ou sociétés translucides ayant pour associés des personnes physiques. En cas de détention via une société commerciale étrangère soumise dans l'État de son siège à une imposition sur les bénéfices équivalente à l'impôt sur les sociétés français (cet assujettissement résulte soit de la forme sociale, soit de la poursuite d'une activité lucrative), et en l'absence de contrepartie, il y aura une double imposition : au niveau de la société qui consent l'avantage (sur le fondement de l'acte anormal de gestion) et au niveau du bénéficiaire (sous réserve des conventions).

Tempéraments importants

Cette taxation n'aura toutefois pas lieu :
 - si la mise à disposition gratuite est conforme à l'intérêt social (CAA Lyon 25-4-1991 n° 89-1587 : Dr. fisc. 1991 n° 40 comm. 1752) (exceptionnel en pratique) et en cas d'acquiescement de la taxe annuelle de 3% ;
 - ou en cas de règlement d'un loyer d'un montant normal (E. Pornin, *L'utilisation gratuite d'une résidence en France détenue via une personne morale étrangère* : RFP 6 : 2021 n° 11).

26. À l'étranger. Nous ne pouvons pas aborder ici exhaustivement les conséquences d'une mise à disposition gratuite au profit de l'associé dans tous les pays où la société propriétaire aurait son siège. Mais nous notons, par exemple, que le Royaume-Uni considère la SCI française comme opaque d'un point de vue fiscal. Les associés britanniques de la SCI sont donc en théorie impossibles au Royaume-Uni sur l'avantage en nature procuré par l'utilisation du bien immobilier appartenant à la société. L'analyse des conditions permettant d'échapper à cette taxation sera un exercice nécessaire (G. Micolau, *Fiscalité de l'investissement immobilier en France par des non-résidents, via une SCI* : RFP 5/2018, n° 11).

Démembrement de propriété et pays de Common Law

27. Vigilance lors de la mise en place d'un démembrement de propriété dans un contexte international. Lorsqu'il sera

opportun pour des clients étrangers de recourir à la technique du démembrement de propriété dans le cadre d'un investissement immobilier en France afin d'optimiser la transmission de l'immeuble, le devoir de conseil portera principalement sur deux points :

- la vérification des conventions fiscales signées par la France, pour déterminer si une taxation aura lieu dans le pays de résidence du défunt lors de la transmission de l'usufruit, et ainsi bien informer les parties ;

- la vérification de la réception de ce démembrement de propriété dans le pays d'origine des clients, et notamment sur un plan fiscal.

En effet, si l'usufruit est connu de la plupart des pays de droit latin (Portugal, Grèce, Suisse, Belgique par exemple), ce n'est pas le cas des pays de Common Law, qui taxeront donc la transmission de l'usufruit au décès. Nous renvoyons ici aux travaux du 115^e Congrès des notaires de France (*Rapport du 115^e Congrès des notaires de France, Bruxelles, 2-5 juin 2019, L'international : Qualifier, Rattacher, Authentifier, n°s 4188 à 4190*) :

Réserve d'usufruit et contexte international

Le recours au démembrement de propriété doit être bien réfléchi dans un contexte international. L'usufruit peut être connu par le droit étranger mais faire l'objet d'un traitement fiscal différent : il conviendra d'anticiper les conséquences fiscales du démembrement de propriété à l'étranger. Par exemple, et en application de la notion de retained interests, le système américain de Common Law considère que le droit d'usufruit devra être ajouté au patrimoine de l'usufruitier lors du règlement de la succession de ce dernier (alors qu'en France la réunion de l'usufruit et de la nue-propriété ne donnera lieu à aucune taxation, en vertu de l'article 1133 du CGI).

Ce problème se posera également en cas de donation de la nue-propriété avec réserve d'usufruit par des non-résidents donateurs ou donataires.

Donations dans un contexte franco-belge

28. Donation de somme d'argent en Belgique et fin de la « route du fromage ». La donation mobilière au moyen d'un don manuel par un résident belge n'est soumise

en Belgique à aucune obligation d'enregistrement, et aucun droit de donation n'est alors dû (toutefois, si la donation n'a pas été enregistrée et que le donateur décède dans les trois ans [cinq ans en Région wallonne depuis le 1^{er} janvier 2022] de la donation, celle-ci doit être mentionnée dans la déclaration de succession, et des droits de succession [plus élevés que les droits de donation] seront dus sur le montant de la donation) (*Code des successions belge, art. 7*).

Ceci n'est pas le cas des actes de donation par acte authentique. Ces derniers doivent obligatoirement être enregistrés. Pour éviter l'enregistrement (et donc la taxation) des actes de donation passés devant un notaire belge, un système appelé poétiquement la « route du fromage » (« Kassroute ») s'était développé : procéder à une donation de somme d'argent devant un notaire étranger (souvent néerlandais ou suisse, d'où la référence au fromage...) pour éviter qu'elle ne soit taxée en Belgique.

Depuis le 15 décembre 2020 (Loi belge spéciale du 13 décembre 2020, modifiant le Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe en vue de rendre obligatoire l'enregistrement d'actes notariés étrangers, entrée en vigueur le 15 décembre 2020, publiée au Moniteur belge le 15 décembre 2020 : *M. B. 2020-12-15, p. 88.514*), les donations faites devant un notaire étranger doivent obligatoirement être enregistrées en Belgique, avec paiement de l'impôt sur les donations dans la région du domicile fiscal du donateur (en Belgique les droits de donation ne sont pas les mêmes dans les trois régions : Bruxelles-Capitale, Flandre et Wallonie), au taux de 3 à 7 % selon la région compétente et le lien de parenté entre le donateur et le donataire.

29. Donation en Belgique et acquisition en France. En vertu de l'article 9 du Code belge des droits de succession, les biens meubles ou immeubles qui ont été acquis à titre onéreux par le défunt pour l'usufruit et par un tiers pour la nue-propriété sont considérés, pour la perception des droits de succession (droits dus lors du décès d'une personne habitant en Belgique, et calculés sur son patrimoine net transmis) et des droits de mutation par décès (droits dus lorsque le défunt n'est pas un habitant de la Belgique; en ce cas, les droits sont uniquement perçus sur la valeur des biens immobiliers situés en Belgique), comme se trouvant en pleine propriété dans la succession du défunt,

à moins qu'il ne soit établi que l'acquisition ne déguise pas une libéralité. Cette présomption est renversée si le nu-propiétaire prouve qu'il a personnellement financé l'acquisition de la nue-propiété au moyen d'une donation soumise aux droits d'enregistrement prévus pour les donations ou qu'il avait la libre disposition des fonds donnés, c'est-à-dire si la donation faite par l'acquereur de l'usufruit n'était pas spécifiquement destinée au financement de l'acquisition de la nue-propiété. Lorsqu'une acquisition en France est envisagée par des résidents belges en démembrement de nue-propiété, avec un financement de la nue-propiété au moyen d'une donation consentie par l'usufruitier, la présomption prévue en Belgique à l'article 9 du Code des droits de succession et celle de l'article 751 du Code général des impôts français devront être combinées. Cela nécessitera de procéder à la donation de somme d'argent en Belgique devant notaire, de lui donner date certaine et de la porter à la connaissance de l'administration fiscale française en

l'enregistreur en France auprès du service des impôts des non-résidents situé à Noisy-le-Grand. L'enregistrement se fera par le dépôt en double exemplaire de la donation, avec, pour les actes notariés étrangers rédigés dans une langue étrangère, une traduction certifiée par un traducteur juré (*BOI-ENR-DMTG-20-10-30 n° 10*). Il n'existe pas d'imprimé spécifique. Si la donation a lieu entre non-résidents, elle ne sera pas imposable en France (aucun des critères de taxation de l'article 750 ter du CGI ne trouvant à s'appliquer). Il sera également nécessaire de veiller à relater l'origine des fonds dans l'acte d'acquisition de la nue-propiété en France.

30. Donation de parts de SCI française par des résidents belges. Un acte de donation entre résidents belges portant sur des parts de société civile immobilière française, s'il est reçu par un notaire français, sera obligatoirement imposé en France. Depuis l'entrée en vigueur le 15 décembre 2020 en Belgique de la loi spéciale du 13 décembre 2020

précitée n° 28, il devra également être enregistré (et taxé) en Belgique. Le résultat sera identique en cas de réception du même acte de donation par un notaire belge : d'une part, un enregistrement obligatoire (et donc une taxation) en Belgique et, d'autre part, une obligation déclarative en France (au service des impôts des non-résidents), avec taxation en France (la donation portant sur des biens français). À défaut de convention préventive de double imposition conclue entre la France et la Belgique en matière de donation, il y aura taxation cumulative (*M.-H. Lempereur, L'enregistrement obligatoire des actes notariés étrangers : l'effet collatéral inattendu : Revue de planification patrimoniale belge et internationale 4/2020, éd. Larcier*).

En conclusion

Nous soulignerons que particulièrement dans un contexte patrimonial international, l'ingénierie notariale trouvera toute sa dimension et ses vertus de proposition de solutions adaptées et d'anticipation des difficultés.

