

ASPECTS INTERNATIONAUX DU PATRIMOINE

Chronique d'actualité



Stéphanie AUFÉRIL
Avocat associée, cabinet Arkwood



Eric FONGARO
Professeur à l'Université de Bordeaux



Alexandre LAUMONIER
Docteur en droit
Ancien avocat



Arnaud TAILFER
Avocat, cabinet Arkwood

Questions générales

> **Dispositifs transfrontières** - Une ordonnance transpose en partie la directive « DAC 6 », qui vise à renforcer la transparence et la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales en prévoyant une obligation, pour les intermédiaires ou les contribuables, de déclarer aux autorités fiscales les dispositifs transfrontières à caractère potentiellement agressif. Les déclarations ainsi souscrites font ensuite l'objet d'un échange automatique d'informations entre États membres de l'UE. Conformément aux articles 34 et 37 de la Constitution, certaines dispositions de la directive seront transposées par voie réglementaire. Ces dispositions entrent en vigueur le 1^{er} juillet 2020, mais s'appliquent aux dispositifs transfrontières dont la première étape a été mise en œuvre à compter du 25 juin 2018 (V. § 1).

Fiscalité internationale du patrimoine

> **Fiscalité des résidents** - La Cour de cassation juge que les versements reçus par un résident de France d'un trust canadien dont le constituant est inconnu, doivent être qualifiés de donation indirecte et taxés comme tels, au taux de 60% (régime antérieur à 2011) (V. § 14).

> **Fiscalité et régime social des non-résidents - Fiscalité** - Le Conseil d'État juge que des produits de rachats de contrats d'assurance vie et de contrats de capitalisation constituent des revenus de créances au sens de l'article 16 de la convention franco-belge du 10 mars 1964. Ces produits sont imposables dans l'État de résidence du contribuable, l'État de source conservant seulement le droit de les soumettre à un impôt prélevé à la source. La CEHR n'ayant fait l'objet d'aucun prélèvement à la source (elle a été recouvrée par voie de rôle l'année suivant la perception des revenus), c'est en méconnaissance de la convention que l'administration fiscale a assujéti le bénéficiaire de ces produits à la CEHR (V. § 16). ...

Mobilité internationale du couple

> **Régime matrimonial** - Pour les couples mariés sans contrat avant l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye de 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, la loi régissant leur union est celle du premier domicile matrimonial du couple. La Cour de cassation casse un arrêt d'appel ayant considéré que celui-ci se trouvait en France où les époux, mariés en

Algérie en 1982, s'étaient établis à partir de 1995. Des circonstances postérieures de plus de 12 ans au mariage sont impropres à révéler que les époux avaient, lors de leur union, souhaité soumettre leur régime matrimonial à la loi d'un autre État que celui dans lequel ils avaient fixé leur premier domicile matrimonial, stable et durable (V. § 19).

Questions générales

1. Obligations déclaratives - Dispositifs transfrontières fiscaux agressifs - Une ordonnance transpose en partie la directive « DAC 6 », qui vise à renforcer la transparence et la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales en prévoyant une obligation, pour les intermédiaires ou les contribuables, de déclarer aux autorités fiscales les dispositifs transfrontières à caractère potentiellement agressif. Les déclarations ainsi souscrites font ensuite l'objet d'un échange automatique d'informations entre États membres de l'UE. Conformément aux articles 34 et 37 de la Constitution, certaines dispositions de la directive seront transposées par voie réglementaire. Ces dispositions entrent en vigueur le 1^{er} juillet 2020, mais s'appliquent aux dispositifs transfrontières dont la première étape a été mise en œuvre à compter du 25 juin 2018.

Ord. n° 2019-1068, 21 oct. 2019 relative à l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration : JO 22 oct. 2019, texte n° 18 (V. annexe 1) Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-1068 du 21 octobre 2019 relative à l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration : JO 22 oct. 2019, texte n° 17

2. La directive dite « DAC 6 », qui est la cinquième directive modifiant la directive 2011/16/UE relative à la coopération administrative (DAC 1), met en œuvre partiellement l'action 12 du projet BEPS de l'OCDE. Elle vise à renforcer la transparence et la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales en prévoyant une obligation, pour les intermédiaires ou les contribuables,

de déclarer aux autorités fiscales les dispositifs transfrontières à caractère potentiellement agressif. La présente ordonnance transpose cette directive sous les nouveaux articles 1649 AD à 1649 AH du CGI, et couvre le champ d'application de l'obligation déclarative, les personnes soumises à l'obligation, les délais de déclaration et les marqueurs caractérisant le caractère agressif des dispositifs transfrontière. L'article 1729 C ter du CGI vise les sanctions en cas de manquement à l'obligation déclarative.

3. Ces dispositions entrent en vigueur le 1^{er} juillet 2020, mais s'appliquent aux dispositifs transfrontières dont la première étape a été mise en œuvre à compter du 25 juin 2018, lesquels doivent être déclarés au plus tard le 31 août 2020. Les déclarations souscrites en application du dispositif commenté feront l'objet d'un échange automatique d'informations entre États membres de l'UE d'ici au 31 octobre 2020.

4. Le texte de l'ordonnance reprend majoritairement les dispositions de la directive DAC6 et en précise certaines modalités. Les principales dispositions à retenir sont les suivantes.

◆ LE CHAMP D'APPLICATION DE L'OBLIGATION DÉCLARATIVE

◆ Un dispositif transfrontière...

5. Un « dispositif transfrontière » s'entend de tout dispositif prenant la forme d'un accord, d'un montage ou d'un plan ayant ou non force exécutoire et concernant la France et un autre État, membre ou non de l'UE, dès lors que l'une au moins des conditions suivantes est satisfaite :

- au moins un des participants au dispositif n'est pas fiscalement domicilié ou résident en France ou n'y a pas son siège ;
- au moins un des participants au dispositif est fiscalement domicilié, résident ou a son siège dans plusieurs États ou territoires simultanément ;
- au moins un des participants au dispositif exerce une activité dans un autre État ou territoire par l'intermédiaire d'un établissement stable situé dans cet État ou territoire, le dispositif constituant une partie ou la totalité de l'activité de cet établissement stable ;

- au moins un des participants au dispositif exerce une activité dans un autre État ou territoire sans y être fiscalement domicilié ou résident ni disposer d'établissement stable dans cet État ou territoire ;

- le dispositif peut avoir des conséquences sur l'échange automatique d'informations entre États ou territoires ou sur l'identification des bénéficiaires effectifs.

6. Un dispositif transfrontière peut être constitué par une série de dispositifs. Il peut comporter plusieurs étapes ou parties.

◇ ... potentiellement agressif

7. La directive contient en annexe une liste des **marqueurs** révélant un risque potentiel d'évasion fiscale, caractéristiques de dispositifs opacifiants, résultant - selon le législateur européen - d'une implication de « *prestataires de services de conseils fiscaux* » peu scrupuleux, ou enfin liés à des stratégies optimisantes de groupes multinationaux de sociétés.

La **présence d'au moins un de ses marqueurs déclenchera l'obligation déclarative**. Il est précisé que certains marqueurs se combinent avec un « critère de l'avantage principal ». Dans ces cas, il doit être établi que l'avantage principal ou l'un des avantages principaux qu'une personne peut raisonnablement s'attendre à retirer d'un dispositif, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents, est l'obtention d'un avantage fiscal.

Sans être exhaustive, la liste simplifiée des marqueurs se présente comme suit :

Marqueurs liés à l'avantage principal	Marqueurs non liés à l'avantage principal
<ul style="list-style-type: none"> - Dispositif comportant une clause de confidentialité - Dispositif facturé selon un honoraire établi par référence à l'avantage fiscal ou subordonné à l'effectivité de l'avantage fiscal - Dispositif en grande partie normalisé et transposable sans avoir besoin d'être adapté de façon importante - Dispositif en lien avec la conversion de revenus en capital, en dons ou autres catégories de recettes plus favorablement taxées 	<ul style="list-style-type: none"> - Dispositif permettant un allègement pour le même élément de revenu ou de capital dans plusieurs États - Dispositif permettant de contourner les règles relatives à l'échange automatique d'information sur les comptes financiers - Dispositif faisant intervenir une chaîne de propriété formelle ou effective non transparente par le recours à des personnes ou entités sans activité économique substantielle, qui sont situées dans un État autre que celui de résidence du bénéficiaire effectif, et dont le bénéficiaire effectif est rendu impossible à identifier

◇ Les personnes tenues à la déclaration

8. Par **principe, l'obligation de déclaration revient à l'« intermédiaire »** dès lors qu'il est résident dans un État membre.

L'« intermédiaire » est défini comme une personne qui conçoit, commercialise ou organise un dispositif déclarable. Cette notion peut être étendue, à titre d'exemple, à toute personne qui sait ou pourrait savoir, compte tenu de son expertise, des faits et des informations disponibles, qu'il s'est engagé à fournir une aide, assistance ou des conseils concernant la mise en œuvre ou la gestion de la mise en œuvre d'un dispositif déclarable.

Sur le plan territorial, les intermédiaires tenus à la déclaration sont ceux :

- fiscalement domiciliés, résidents ou ayant leur siège en France.

- possédant en France un établissement stable par l'intermédiaire duquel sont fournis les services concernant le dispositif ;

- constitués en France ou régi par le droit français ;

- enregistrés auprès d'un ordre ou d'une association professionnelle en rapport avec des services juridiques, fiscaux ou de conseil, ou bénéficiant d'une autorisation d'exercer en France délivrée par un tel ordre ou association professionnelle.

L'ordonnance précise que les établissements stables situés hors de France d'un intermédiaire fiscalement domicilié ou résident en France ne sont pas concernés par l'obligation de déclaration.

9. Lorsque **plusieurs intermédiaires** participent à la mise en œuvre d'un même dispositif, l'obligation déclarative incombe à chacun d'entre eux. Un intermédiaire peut cependant être dispensé de l'obligation de déclaration s'il peut prouver par tout moyen :

- qu'une déclaration comportant l'ensemble des informations requises a déjà été souscrite par un autre intermédiaire en France ou dans un autre État membre de l'UE et/ou

- qu'il n'a pas reçu la notification de la souscription d'une déclaration par un autre intermédiaire, et que les autres intermédiaires ou, à défaut, les contribuables concernés par le dispositif transfrontière devant être déclaré ont reçu la notification de cette souscription par un autre intermédiaire.

10. **L'intermédiaire soumis à l'obligation de secret professionnel** prévue et réprimée par l'article 226-13 du code pénal (par exemple, un avocat) souscrit la déclaration avec l'accord du ou des contribuables concernés par le dispositif transfrontière. À défaut de cet accord, l'intermédiaire notifie à tout autre intermédiaire l'obligation déclarative qui lui incombe. En l'absence d'autre intermédiaire, l'intermédiaire notifie au contribuable concerné par le dispositif transfrontière l'obligation déclarative qui lui incombe, et lui transmet également les informations nécessaires au respect de son obligation déclarative. Ces notifications sont effectuées par tout moyen permettant de leur conférer date certaine.

◆ LES MODALITÉS DE DÉCLARATION

11. La déclaration d'un dispositif transfrontière est souscrite **auprès de l'administration fiscale, sous forme dématérialisée**, par l'intermédiaire ayant participé à la mise en œuvre de ce dispositif ou par le contribuable concerné.

12. Par ailleurs, chaque contribuable concerné par un dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration déclare chaque année l'utilisation qu'il en a faite au titre de l'année précédente, selon des modalités qui seront fixées par un arrêté du ministre chargé du budget.

La déclaration doit être déposée maximum 30 jours après la première des dates suivantes :

- le lendemain de la mise à disposition aux fins de mise en œuvre du dispositif transfrontière ;
- le lendemain du jour où le dispositif transfrontière est prêt à être mis en œuvre ;
- le premier jour de l'accomplissement de la première étape de la mise en œuvre du dispositif transfrontière.

Pour les intermédiaires assistant ou conseil, le délai de déclaration court à compter du lendemain du jour où ils ont fourni, directement ou par l'intermédiaire d'autres personnes, une aide, une assistance ou des conseils.

◆ LES SANCTIONS

13. Sur le plan des sanctions, l'ordonnance précise ce que la directive laissait à la compétence aux États membres.

L'ordonnance prévoit ainsi que les manquements à une obligation de déclaration ou de notification entraînent l'application d'une **amende qui ne peut excéder 10 000 €**. Le montant de l'amende ne peut excéder 5 000 € lorsqu'il s'agit de la première infraction de l'année civile en cours et des trois années précédentes. Par exception, l'amende n'est pas applicable aux manquements à l'obligation annuelle qui incombe au contribuable lui-même, de l'utilisation qu'il a fait du dispositif transfrontière au titre de l'année précédente.

Le montant des amendes appliquées à un même intermédiaire ou à un même contribuable concerné ne peut excéder 100 000 € par année civile.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

L'ordonnance commentée apporte **peu de précisions de nature à cerner précisément le champ de l'obligation déclarative**, de même que certains termes utilisés, comme par exemple la notion de « participant » propre à caractériser un « dispositif transfrontière » déclarable. On attendra avec intérêt les commentaires de l'administration fiscale dans le cadre de la mise à jour du BOFiP à venir, dont on espère qu'ils clarifieront et illustreront les différentes typologies de « montages » susceptibles d'être visés ou au contraire exclus.

S. AUFÉRIL et A. TAILFER ■

Fiscalité internationale du patrimoine

Fiscalité des résidents

14. Trusts - Droits de mutation à titre gratuit - Versements provenant d'un trust irrévocable *intervivos* - Donation indirecte (régime antérieur à 2011) - La Cour de cassation juge que les versements reçus par un résident de France d'un trust canadien dont le constituant est inconnu, doivent être qualifiés de donation indirecte et taxés comme tels, au taux de 60%.

Cass. com., 6 nov. 2019, n° 17-26.985 (V. annexe 2)

15. Dans cette affaire, une personne physique résidente de France avait reçu en 2003 des distributions d'un montant d'environ 2 millions d'euros, d'un trust canadien irrévocable constitué par une personne dont l'identité n'avait pas été révélée. L'administration avait considéré que ces versements constituaient une donation indirecte assujettie aux droits de donation au taux de 60%, à défaut d'identification du constituant, présumé donateur. Le contribuable se pourvoit en cassation contre l'arrêt d'appel confirmant le rejet de sa réclamation.

La Cour de cassation rejette les arguments du contribuable pour confirmer l'arrêt d'appel. On notera principalement les arguments suivants.

Selon le contribuable, la donation suppose, en vertu de l'article 894 du code civil, un dépouillement actuel et irrévocable de la chose donnée du donateur au profit du donataire qui l'accepte. Or un trust irrévocable et discrétionnaire traduirait en réalité une double mutation, au profit du trustee (propriétaire juridique des actifs) tout d'abord, puis au profit du bénéficiaire lors de la distribution réalisée en vertu des pouvoirs discrétionnaires du trustee. Qualifier la distribution au bénéficiaire de donation indirecte du constituant, reviendrait à nier les pouvoirs discrétionnaires du trustee, et à lui conférer la simple qualité d'intermédiaire, qui agirait selon les prescriptions fournies par le constituant, au demeurant non identifié.

Par ailleurs, le contribuable faisait valoir qu'à défaut de disposition légale expresse applicable aux mutations à titre gratuit *intervivos* au travers de trusts, avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011, les biens placés dans un trust étaient nécessairement exclus de l'assiette des droits de donation. Il relevait que la solution rendue par l'arrêt de Cour de cassation du 15 mai 2007, qui avait jugé taxable une mutation à titre gratuit prenant effet au jour du décès du constituant d'un trust, n'était pas transposable au cas particulier d'un trust *inter vivos*, puisqu'il s'agissait d'un trust testamentaire prenant fin au décès du constituant.

La Cour de cassation rejette ces griefs, et juge que la nature de trust *intervivos* n'excluait pas la possibilité, pour le constituant, de transmettre une partie du capital affecté à un ou des bénéficiaires, en dépit du dessaisissement irrévocable opéré au profit du trustee, qui n'est pas au demeurant assimilé à un

intermédiaire. La cour relève que si le trustee dispose d'un large pouvoir discrétionnaire, son intervention n'emporte pas pour autant anéantissement de l'intention libérale exprimée par le constituant, attestée par sa désignation formelle du bénéficiaire, et ce malgré que l'identité du constituant est ignorée. Pour ces raisons, le transfert de fonds effectué au profit du bénéficiaire présentait les caractéristiques d'une donation indirecte, soumise au paiement des droits d'enregistrement prévus à l'article 750 ter du CGI, au taux de 60% dès lors qu'aucun lien de parenté entre le constituant et le bénéficiaire n'avait pu être établi.

S. AUFÉRI ■

Sélection bibliographique

C. Guionnet-Moalic et M. Dubois, Le prélèvement à la source de l'impôt sur le revenu impacte-t-il l'attractivité du dispositif fiscal en faveur des salariés impatriés ? - Comment réussir son impatriation en France ? : Dr. fisc. 2019, n° 50, act. 516.

Fiscalité et régime social des non-résidents

Régime fiscal

16. Rachats de contrats d'assurance vie et de contrats de capitalisation - Contribution exceptionnelle sur les hauts revenus (CEHR) - Convention franco-belge - Le Conseil d'État juge que des produits de rachats de contrats d'assurance vie et de contrats de capitalisation constituent des revenus de créances au sens de l'article 16 de la convention franco-belge du 10 mars 1964. Ces produits sont imposables dans l'État de résidence du contribuable, l'État de source conservant seulement le droit de les soumettre à un impôt prélevé à la source. La CEHR n'ayant fait l'objet d'aucun prélèvement à la source (elle a été recouvrée par voie de rôle l'année suivant la perception des revenus), c'est en méconnaissance de la convention que l'administration fiscale a assujéti le bénéficiaire de ces produits à la CEHR.

CE, 8^e et 3^e ch., 10 juill. 2019, n° 425148, Min. c/ Libre, concl. K. Ciavaldini (V. annexe 3)

17. Dans cette affaire, une résidente fiscale française avait transféré sa résidence fiscale en Belgique préalablement au rachat de contrats d'assurance vie et de contrats de capitalisation, ce qui devait conduire les juges administratifs à qualifier les revenus considérés au regard de la convention fiscale franco-belge, non pour les besoins de l'IR mais pour ceux de la CEHR, assise sur le revenu fiscal de référence. La Cour administrative d'appel de Versailles avait jugé que, pour l'application de l'article 2 de la convention franco-belge du 10 mars 1964, la CEHR constituait un impôt futur analogue à l'IR, ce

qui rendait la convention applicable. Elle avait ensuite donné raison à la contribuable en qualifiant les revenus considérés de revenus innomés relevant de la clause balai de l'article 18 de la convention¹.

Dans un premier temps, le Conseil d'État confirme l'applicabilité de la convention fiscale, mais estime en revanche que les revenus en cause doivent être qualifiés de produits de toutes autres créances expressément visés par l'article 16.1 de la convention.

Dans un second temps, le Conseil d'État confirme le dégrèvement prononcé par la CAA de Versailles car ces revenus de créances ne sont également imposables que dans le pays de résidence du contribuable les ayant perçus (en l'espèce en Belgique). La seule exception réservée par le Conseil d'État est relative au fait que ces revenus, conformément à l'article 16.3 de la convention, peuvent toutefois être l'objet d'un prélèvement à la source qui ne saurait excéder 15 %. La CEHR ayant été prélevée par voie de rôle, et non par le moyen d'un prélèvement à la source, ne pouvait donc avoir été recouvrée conformément à la convention.

A. LAUMONIER ■

Régime social

18. À NOTER

> Prélèvements sociaux - Plus-values immobilières (régime applicable après la réforme de 2016 et avant le 1^{er} janv. 2019) - Le Conseil d'État juge que le principe d'unicité de législation issu du règlement européen du 29 avril 2004 s'oppose à ce que les plus-values immobilières réalisées en 2018 par les non-résidents qui relèvent du champ d'application territorial et personnel de ce règlement soient assujetties à la CSG et au prélèvement de solidarité affectés au fonds de solidarité vieillesse, à la CSG et à la CRDS affectées à la caisse d'amortissement de la dette sociale, ainsi qu'au PS et à sa contribution additionnelle affectés à la caisse nationale de solidarité pour l'autonomie. Il en résulte que les commentaires administratifs au BOFiP-Impôts², en ce qu'ils prescrivent l'assujettissement à ces prélèvements sociaux des plus-values immobilières réalisées par les non-résidents, réitèrent des dispositions législatives qui méconnaissent, dans cette mesure, le règlement précité. Par conséquent, la doctrine administrative sur ce point est annulée.

CE, 8^e et 3^e ch., 16 avr. 2019, n° 423586, Lafon, concl. R. Victor (V. annexe 4)

CE, 8^e et 3^e ch., 1^{er} juill. 2019, n° 422780, Dreyer, concl. R. Victor (V. annexe 5)

La décision *Lafon* du Conseil d'État permet, une nouvelle fois, de mesurer les effets de la jurisprudence *de Ruyter* de la CJUE³ dans le cas particulier du prélèvement prévu à l'article 244 bis A du CGI

1 CAA Versailles, 2 oct. 2018, n° 17VE00960, Libre, concl. N. Chayvialle : FI 1-2019, n° 2, annexe 2

2 BOI-RFPI-PVINR-20-20, 1^{er} août 2018, § 80.

3 CJUE, 26 févr. 2015, C-623/13, Min. c/ de Ruyter.

que commentait le § 80 de la doctrine administrative afférente à ce prélèvement sur les plus-values immobilières de source française réalisées à titre occasionnel par les non-résidents⁴. En l'espèce, et par la voie du recours pour excès de pouvoir, un résident fiscal irlandais contestait la doctrine administrative précitée, qui prévoyait l'assujettissement de plus-values aux prélèvements sociaux dus au titre des produits de placements, au motif de sa contrariété avec le principe d'unicité de législation. Ce recours devait conduire le Conseil d'État, une nouvelle fois, à déterminer au cas par cas, et pour chaque contribution sociale assise sur les produits de placement, si elle devait ou non être regardée comme concourant au financement d'une branche de sécurité sociale.

Au terme d'une analyse désormais bien connue, le Conseil d'État a jugé que, hormis le prélèvement de solidarité de 2% affecté au budget général de l'État depuis 2018, les autres prélèvements sociaux en cause concouraient effectivement au financement d'une branche de sécurité sociale et devaient donc respecter le principe d'unicité de législation. Il en est ainsi de la CSG sur les produits de placement (CSS, art. L. 136-7), du prélèvement social sur les produits de placement (CGI, art. 1600-0 F bis et CSS, art. L. 245-15), de la contribution additionnelle à ce prélèvement (C. action soc. et famille, art. L. 14-10-4, 3°) et de la CRDS prélevée sur les produits de placement (visés aux I et I bis de l'art. L. 136-7 du CSS). Il en résulte que devait être annulée la doctrine administrative reprenant les termes de la loi, qui était elle-même contraire au principe d'unicité de législation.

La décision *Dreyer* du Conseil d'État, prise dans la prolongement de la décision de la CJUE du 14 mars 2019⁵, confirme la décision *Lafon* exposée ci-dessus et précise, pour répondre à un nouvel argument de l'administration, que même les prestations spéciales en espèces à caractère non contributif relevant de l'article 70 du règlement européen sont soumises au principe d'unicité de législation.

Au-delà des arrêts susvisés, on rappellera que désormais, pour être exonérés de CSG et de CRDS sur les produits de placement, parmi lesquels figurent les plus-values immobilières, les contribuables concernés doivent respecter les obligations déclaratives issues du décret n° 2019-633 du 24 juin 2019⁶.

A. LAUMONIER ■

Mobilité internationale du couple

19. Régime matrimonial - Époux mariés avant le 1^{er} septembre 1992 - Détermination de la loi applicable - Pour les couples mariés sans contrat avant l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye de 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, la loi régissant leur union est celle du premier domicile matrimonial du couple. La Cour de cassation casse un arrêt d'appel ayant considéré que

celui-ci se trouvait en France où les époux, mariés en Algérie en 1982, s'étaient établis à partir de 1995. Des circonstances postérieures de plus de 12 ans au mariage sont impropres à révéler que les époux avaient, lors de leur union, souhaité soumettre leur régime matrimonial à la loi d'un autre État que celui dans lequel ils avaient fixé leur premier domicile matrimonial, stable et durable.

Cass. civ. 1^{re}, 3 oct. 2019, n° 18-22.945 (V. annexe 6)

20. Un homme et une femme se marient en Algérie en 1982, sans avoir fait précéder leur union d'un contrat de mariage. Trois enfants naissent en Algérie de cette union. En 1995, les époux s'installent en France et acquièrent la nationalité française. Ils se présentent comme mariés sous le régime légal français de la communauté réduite aux acquêts, pour le couple, dans deux actes notariés dressés en 2000 et en 2001, et, pour l'épouse, dans un questionnaire officiel du ministère du développement industriel et scientifique. À l'heure du divorce, Monsieur soutient que le couple est soumis au régime algérien de la séparation de biens, Madame prétend être mariée sous le régime légal français.

La Cour d'appel de Versailles, en considération des éléments de faits qui précèdent, estime que les époux ont eu la volonté d'adopter le régime français de la communauté réduite aux acquêts. Sa décision est fort logiquement censurée par la première chambre civile de la Cour de cassation.

21. Ce n'est pas la première fois que la cour régulatrice se prononce dans l'affaire en question puisque sa décision est rendue sur renvoi après cassation. Déjà, dans un précédent arrêt remarqué⁷, alors qu'une cour d'appel, sur le fondement de l'article 6 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, avait estimé qu'un changement de loi applicable au régime se trouvait caractérisé en raison des déclarations faites par les époux dans les actes notariés établis en France⁸, les conseillers à la première chambre civile avaient justement cassé ledit arrêt en soulignant qu'une déclaration de mutabilité volontaire de la loi applicable au régime matrimonial, « mentionnée dans des actes notariés poursuivant un autre objet, ne traduisait pas la volonté non équivoque des époux de soumettre leur régime matrimonial à une loi interne autre que celle le régissant jusqu'alors et ne pouvait constituer une stipulation expresse portant désignation de la loi applicable ».

7 Cass. civ. 1^{re}, 13 déc. 2017, n° 16-27.216 : Dr. famille 2018, comm. 49, M. Farge ; JCPG 2018, 73, note G. Wiederkehr ; JCPN 2018, 1094, note D. Boulanger ; D. 2018, p. 339, note C. Farge ; AJ fam. 2018, p. 129, note A. Boiché ; Defrénois 2018, p. 20, note M. Revillard.

8 Rappelons pour mémoire que l'article 6 de la Convention de La Haye était le seul texte du traité à pouvoir s'appliquer non seulement aux époux mariés après le 1^{er} septembre 1992, date d'entrée en vigueur de la convention, mais également aux époux mariés avant cette date. Aujourd'hui, après l'entrée en application, le 29 janvier 2019, du règlement n° 2016/1103 du 24 juin 2016, dit règlement « régimes matrimoniaux », la mutabilité volontaire de la loi applicable au régime matrimonial ne peut plus avoir lieu que sur le fondement de l'article 22 dudit règlement.

4 BOI-RFPI-PVINR-20-20, 1^{er} août 2018.

5 CJUE, 14 mars 2019, C-372/18, *Dreyer* ; IP 2-2019, n° 7, § 10.

6 V. IP 3-2019, n° 7, § 16.

La présente décision porte cependant plus spécifiquement sur la détermination *ab initio* de la loi applicable au régime matrimonial des époux. À cet égard, l'on sait qu'une distinction doit être opérée en fonction de la date du mariage. Les époux mariés avant le 1^{er} septembre 1992 doivent se voir appliquer les règles de conflit de lois de droit commun, issues de la jurisprudence des cours et tribunaux français. Les époux mariés après le 1^{er} avril 1992 et avant le 29 janvier 2019 sont soumis aux règles de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 précitée. Enfin, les époux mariés à compter du 29 janvier 2019 relèvent du règlement « régimes matrimoniaux ».

En l'espèce, les époux s'étaient mariés en 1982. Il convenait donc de leur appliquer les règles de conflit de droit commun, issues notamment du célèbre arrêt *Zelcer* du 4 juin 1935⁹. En vertu de cette décision, **le principe, pour les époux mariés avant le 1^{er} septembre 1992, est celui de l'autonomie de la volonté**. Il s'ensuit que la loi applicable au régime matrimonial, dans cette hypothèse, est la loi choisie par les époux. Toutefois, à défaut de choix exprimé dans un contrat de mariage ou encore dans une stipulation expresse, **il appartient aux juges du fond de rechercher la volonté tacite des époux au jour de leur mariage**. À cet égard, l'arrêt *Zelcer* précisait : « Il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement, d'après les faits et circonstances, et notamment en tenant compte du domicile matrimonial des époux, le statut matrimonial que des étrangers se mariant en France sans contrat, ont eu la volonté commune d'adopter pour le règlement de leurs intérêts pécuniaires ». C'est plus précisément en considération du premier domicile matrimonial que doit être déterminée la volonté tacite des époux mariés avant le 1^{er} septembre 1992. Depuis un arrêt du 22 novembre 2005, la Cour de cassation indique que ce **critère du premier domicile matrimonial ne constitue qu'une présomption** simple, donc susceptible de preuve contraire¹⁰. Plus avant, la cour régulatrice admet que **des éléments postérieurs au mariage puissent être pris en considération** pour éclairer la volonté des époux au moment du mariage¹¹. C'est ainsi notamment que dans une décision du 11 mai 2012, alors que des époux mariés au Maroc en 1984 n'étaient venus s'installer en France qu'en 1988, la première chambre civile a approuvé une cour d'appel d'avoir considéré que lesdits époux n'étaient pas soumis à la loi marocaine mais à la loi française, en raison notamment de l'attitude des époux après leur mariage, ceux-ci ayant établi en France leurs intérêts personnels et pécuniaires, et s'étant toujours présentés comme mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts dans les différents actes de leur vie privée¹².

Pendant, **dans l'affaire commentée, de nombreuses années s'étaient écoulées entre le mariage en Algérie et l'installation des époux en France**. Était-il dès lors possible

de prendre en considération des éléments intervenus plus de douze ans après la célébration du mariage afin de déterminer la volonté des époux au moment du mariage ? La réponse de la Cour de cassation est clairement négative.

Dans un attendu très bien ciselé, la cour commence par rappeler que « *la détermination de la loi applicable au régime matrimonial d'époux mariés sans contrat, avant l'entrée en vigueur en France, le 1^{er} septembre 1992, de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, doit être faite en considération, principalement, de la fixation de leur premier domicile matrimonial* ». On soulignera à cet égard que le domicile, dans cette perspective, doit répondre à la définition qu'en fournit l'article 102 du code civil. Il est ensuite précisé que « *cette règle ne constituant qu'une présomption, qui peut être détruite par tout autre élément de preuve pertinent, les juges du fond peuvent prendre en considération des circonstances postérieures au mariage si elles éclairent la volonté des époux quant à la localisation de leurs intérêts pécuniaires au moment de leur union* ». La décision s'inscrit, sur ce point, dans la continuité de la jurisprudence déjà évoquée. Ainsi retiendra-t-on que c'est bien au moment du mariage que la volonté des époux doit être caractérisée, même si celle-ci se trouve éclairée par des éléments postérieurs au mariage. Toutefois, et c'est sans doute là l'élément clé de l'arrêt, il est clairement indiqué que des circonstances postérieures de plus de douze ans au mariage étaient impropres à révéler que les époux avaient eu la volonté, au moment du mariage, de soumettre leur régime matrimonial à une autre loi que celle de l'Algérie, pays dans lequel ils avaient fixé leur premier domicile matrimonial stable et durable.

22. La décision appelle une interrogation et deux observations.

L'interrogation tout d'abord. **À partir de combien de temps peut-on considérer qu'un domicile matrimonial est stable et durable ?** Au regard des arrêts précédemment évoqués, il apparaît qu'un domicile de quatre ans peut ne pas suffire à caractériser la volonté des époux¹³ ; mais douze années sont trop longues pour renverser la présomption consacrée par la cour régulatrice. En soi, ces solutions semblent devoir être approuvées ; mais quelle solution retenir pour déterminer la loi applicable au régime matrimonial lorsque des époux ont vécu dans un État entre quatre et douze ans ?

Les observations ensuite.

Première observation : la Cour de cassation prend soin de préciser que « *le rattachement du régime matrimonial légal ou conventionnel à la loi choisie par les époux à la date de leur union est permanent* ». Il convient à cet égard de souligner que ce principe de permanence, au demeurant repris à l'article 7, alinéa 1^{er}, de la Convention de La Haye, était absolu pour les époux mariés avant le 1^{er} septembre 1992, aucun des cas de mutabilité automatique prévus à l'article 7, alinéa 2, de la convention précitée, ne pouvant les affecter. Ainsi, **l'installation de longue durée en France ne pouvait justifier, au cas présent, de mutabilité automatique de la loi applicable au régime matrimonial**, ce qui eut été différent si les époux

9 Cass. req., 4 juin 1935 : Rev. crit. DIP 1936, p. 755, note Basdevant ; S. 1936, p. 377, rapp. Pilon, note Niboyet ; DP 1936, 1, 7, rapp. Pilon, R. Savatier.

10 Cass. civ. 1^{re}, 22 nov. 2005, n° 03-12.224 : Dr. famille 2006, comm. 139, M. Farge ; Defrénois 2006, p. 873, note M. Revillard ; Defrénois 2006, p. 1046, M. Farge ; JDI 2006, comm. 16, p. 970, note I. Barrière-Brousse.

11 V. par ex. Cass. civ. 1^{re}, 13 déc. 1994, n° 93-15.337 : Rev. crit. DIP 1995, p. 319, note M. Revillard.

12 Cass. civ. 1^{re}, 11 mai 2012, n° 11-20.462 : JCPN 2012, n° 6, 1358, note E. Fongaro.

13 Cass. civ. 1^{re}, 11 mai 2012, préc.

s'étaient mariés après le 1^{er} septembre 1992 et avant le 29 janvier 2019¹⁴.

Deuxième observation : si le changement de domicile opéré par les époux mariés avant le 1^{er} septembre 1992 est sans incidence sur la loi applicable à leur régime matrimonial, un **changement de résidence habituelle, pour des époux mariés à compter du 29 janvier 2019, pourrait entraîner la mise en œuvre de la clause d'exception de l'article 26, paragraphe 3, du règlement « régimes matrimoniaux »**. En application de ce texte, « À titre exceptionnel et à la demande de l'un des époux, l'autorité judiciaire compétente pour statuer sur des questions relatives au régime matrimonial peut décider

que la loi d'un État autre que l'État [de la première résidence habituelle] régit le régime matrimonial si l'époux qui a fait la demande démontre que :

a) les époux avaient leur dernière résidence habituelle commune dans cet autre État pendant une période significativement plus longue que dans l'État [de la première résidence habituelle] ; et

b) les deux époux s'étaient fondés sur la loi de cet autre État pour organiser ou planifier leurs rapports patrimoniaux ».

En vertu de ce texte, la loi de la dernière résidence habituelle peut, à la demande de l'un des époux, et aux conditions posées par le texte, être substituée par l'autorité judiciaire compétente à la loi de la première résidence habituelle.

E. FONGARO ■

¹⁴ Le règlement « régimes matrimoniaux » exclut toute possibilité de mutabilité automatique pour les époux mariés à compter du 29 janvier 2019.

Annexes (disponibles sur le site internet de la Revue)

Annexe 1 : Ord. n° 2019-1068, 21 oct. 2019 relative à l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration : JO 22 oct. 2019, texte n° 18

Annexe 2 : Cass. com., 6 nov. 2019, n° 17-26.985

Annexe 3 : CE, 8^e et 3^e ch., 10 juill. 2019, n° 425148, Min. c/ Libre, concl. K. Ciavaldini

Annexe 4 : CE, 8^e et 3^e ch., 16 avr. 2019, n° 423586, Lafon, concl. R. Victor

Annexe 5 : CE, 8^e et 3^e ch., 1^{er} juill. 2019, n° 422780, Dreyer, concl. R. Victor

Annexe 6 : Cass. civ. 1^{re}., 3 oct. 2019, n° 18-22.945