

Chronique 2016 de droit notarial de l'Union européenne

Issu de DeFrénois - 15/03/2017 - n° 05 - page 317

ID : DEF125x7

Auteur(s):

- Cyril Nourissat, professeur agrégé des facultés de droit, professeur à l'université Jean-Moulin (Lyon 3) (EDIEC), chaire notariale européenne

L'année 2016 est riche de plusieurs textes et de divers arrêts qui contribuent à forger toujours d'avantage une pratique notariale européenne. Ce sont les règlements sur les régimes matrimoniaux ou les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés. Ce sont aussi l'ordonnance de décembre transposant la 4^e directive blanchiment ou diverses circulaires concernant aussi bien les successions internationales que le divorce conventionnel. Plusieurs affaires en cours ou jugées sont aussi à connaître, qui posent des questions essentielles aux confins de la pratique et du statut notarial. C'est enfin signaler un nouveau front, celui de la proposition directive « contrôle de proportionnalité », qui invite à répondre à une question fondamentale : la réglementation de la profession notariale procède-t-elle davantage d'une logique de « titre professionnel » ou d'« activités réservées » ?

L'essentiel

- Les « vedettes » de l'année 2016 sont incontestablement les deux règlements adoptés, dans le cadre d'une coopération renforcée, en matière de régimes matrimoniaux et d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.
- La circulaire de la Chancellerie du 25 janvier 2016 retient surtout l'attention dans ses développements relatifs au CSE (certificat successoral européen), en particulier quant à ses effets.
- Le paquet « proportionnalité », annoncé au printemps 2016, a été concrétisé au tout début de l'année 2017 avec la publication de la proposition de directive « contrôle de proportionnalité ».

1. L'année 2016 apporte son lot de textes et arrêts qui, tous, contribuent à la construction de ce droit notarial de l'Union européenne. Naturellement, certains retiennent davantage l'attention que d'autres. Par exemple, comment ne pas relever l'entrée en vigueur (l'entrée en application est, elle reportée, en janvier 2019) des deux importants règlements intéressant respectivement les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés adoptés selon la procédure de coopération renforcée. En revanche, et probablement parce qu'il apparaîtra en retrait par rapport à la pratique notariale, comment ne pas signaler tout de même le règlement (UE) n° 2016/1191 du 6 juillet 2016 visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne¹. Ce règlement se donne pour objectif de dispenser les documents publics relevant du présent règlement – sont exclus les actes authentiques – et leurs copies certifiées conformes de toute forme de légalisation et de formalité similaire. Cependant, il est immédiatement précisé que ce règlement se présente comme un instrument distinct et autonome par rapport à la convention Apostille, c'est-à-dire la convention de La Haye du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers dont tous les États membres sont aujourd'hui parties contractantes.

2. Dans la ligne de la démarche qui avait été rappelée lors de la précédente livraison, le champ couvert par cette chronique tient à l'examen et l'analyse de l'impact de l'ordre juridique européen sur une pratique notariale devenue nécessairement transfrontière. Cet ordre juridique européen combine aussi bien le marché intérieur que l'espace de liberté, de sécurité et de justice². Dès lors, l'activité notariale doit être appréhendée sous l'un et l'autre de ces deux angles et la profession notariale se trouve confortée dans un rôle d'acteur majeur appelé à assurer le trait d'union entre ces deux objectifs distincts mais complémentaires, à les relier dans

une commune ambition.

3. Cette approche « intégrée », qui permet de dire que parce que le notaire est français, il est aussi notaire européen, ne semble cependant pas encore toujours perçue et un exemple récent en porte un témoignage assez sidérant. On veut ici évoquer brièvement l'instauration du divorce sans juge à la faveur de la loi *J21* et le rôle confié au notaire. Aucun lecteur n'ignore que ce divorce conventionnel a suscité de vives réactions et des passes d'armes dont nous avons le secret en France. Le seul aspect qui nous retiendra ici est celui tenant à la présence d'un élément d'extranéité dans le cadre de la désunion. Comme l'ont relevé deux observateurs avertis du divorce international, le texte actuel ignore superbement ce cas de figure et ne peut plonger que dans des abîmes de perplexité et conduire à faire preuve de la plus grande imagination pour espérer (si c'est possible) redresser la chose³. La loi du 18 novembre 2016 étant muette, le décret du 28 décembre 2016 peu disert, c'est la circulaire – en fiches ! – en date du 26 janvier 2017 qui apporte quelques éléments⁴, à dire vrai peu convaincants... On renverra ainsi à la fiche 4 ou, surtout, à la fiche 10 concernant la « circulation transfrontière des conventions de divorce » qui éclaire (?) les dispositions nouvelles de l'article 509-3 du Code de procédure civile. On lira aussi avec attention l'affirmation – qui pourrait être discutée – selon laquelle « la convention de divorce par consentement mutuel bien que déposée au rang des minutes du notaire n'acquiert pas pour autant la qualité d'acte authentique et se trouve donc hors du champ du règlement [sur les obligations alimentaires] ». Il n'en demeure pas moins que l'ensemble reste obscur et qu'il faut sérieusement se poser la question de l'attitude qui sera celle d'un juge d'un autre État membre de l'Union lorsque, comme nous y invite la circulaire, « le créancier qui sollicite le recouvrement de l'obligation alimentaire (...) devra (...) solliciter l'homologation de la convention par le juge étranger » ! De là à considérer que la copie est à revoir, certains n'hésiteront pas à le penser, ce qui ne dispense pas d'ailleurs de s'interroger sur ce que les institutions européennes pourraient bien très vite penser d'une telle procédure de divorce conçue « hors-sol », à l'heure même où l'on achève la révision du règlement *Bruxelles II bis*..

4. Cette observation formulée, et après avoir évoqué la profession elle-même, seront successivement abordés les régimes matrimoniaux, les successions ou les autres contrats qui sont le cœur de l'activité notariale.

I – Profession

5. La profession notariale est sous le feu de l'actualité en France, toujours dans les conséquences de la loi *Macron*, désormais touchée aussi par la loi *J25* et, par exemple, ses dispositions intéressant la communication directe et dématérialisée des professionnels qui, comme en dispose l'article 3, III de la loi, « peuvent recourir à la sollicitation personnalisée, notamment par voie numérique, et proposer des services en ligne » : pour les officiers publics et/ou ministériels (les notaires), le basculement est acté d'une communication de la profession (communication institutionnelle) à une communication des professionnels (communication individuelle). On ne peut cependant que s'interroger sur la portée de la disposition adoptée. En effet, et les travaux parlementaires permettent de le vérifier, cette communication individuelle trouve sa source dans la directive *Services* de 2006 (son article 24) et, surtout, dans un arrêt de la Cour de justice du 5 avril 2011⁶. On ne saurait reprocher à la France de vouloir se conformer à ses obligations européennes. Sauf à souligner que, ce faisant, la France va bien au-delà des exigences européennes. En effet, en soumettant les huissiers de justice et les notaires à cette disposition, la loi transpose – indirectement, certes – la directive *Services* pour des professions qui en sont pourtant formellement exclues⁷ !

6. L'Union européenne n'est pas en reste. De manière impressionniste, au travers de quelques affaires pendantes devant la Cour de justice et dont il convient de dire quelques mots. De manière systématique, au travers du paquet « proportionnalité » annoncé au printemps 2016 et concrétisé au tout début de l'année 2017 avec la publication de la proposition de directive « contrôle de proportionnalité ».

7. En premier lieu, et quant à la jurisprudence, on mentionnera deux affaires pendantes devant la Cour de justice. Plus exactement, il faut ici évoquer les affaires *Ibrica Zulfikarpašić* (C-484/15) et *Pula Parking* (C-551/15), qui ont donné lieu l'une et l'autre à des conclusions présentées par l'avocat général Bot le 8 septembre 2016 pour la première, par l'avocat général Bobek le 27 octobre 2016 pour la seconde. Dans ces deux affaires la question centrale est la même : le notaire est-il une juridiction au sens des règlements de l'Union européenne (respectivement le règlement *TEE* et le règlement *Bruxelles I bis*) ? Or les réponses divergent et laissent donc l'observateur dans une certaine expectative.

8. Dans l'affaire *Ibrica Zulfikarpašić*, concernant le notariat croate, l'enjeu est de savoir si un notaire qui, conformément à la législation croate, a rendu une ordonnance d'exécution définitive et exécutoire sur le fondement d'un document faisant foi est compétent pour la certifier en tant que titre exécutoire européen. Comme le relève fort justement l'avocat général Bot, « l'affaire offre à la Cour l'occasion d'apporter d'utiles précisions sur les contours des notions de "décision" et de "juridiction", au sens du règlement n° 805/2004, en décidant, en particulier, si un notaire auquel le droit national attribue le pouvoir de délivrer des ordonnances exécutoires peut être qualifié de "juridiction" ». La loi sur l'exécution forcée prévoit en effet que le notaire, selon des règles de compétence territoriale précises, peut prononcer une ordonnance d'exécution et qu'en cas d'opposition le dossier est transféré à la juridiction compétente. Aux termes d'une analyse fouillée, l'avocat général considère que la notion de juridiction doit être autonome et donc procéder du droit de l'Union européenne en ayant à l'esprit les enjeux de cette qualification par rapport à l'objet même du règlement, c'est-à-dire la circulation des titres exécutoires. D'où la référence à la construction jurisprudentielle de la notion de juridiction dans le cadre du renvoi préjudiciel en interprétation. Et de conclure alors que le notaire, lorsqu'il n'exerce pas en tant qu'officier public, répond bien à « la notion de "juridiction" [qui] devrait s'entendre, au sens du règlement n° 805/2004,

comme de tout organe offrant des garanties d'indépendance et d'impartialité, statuant de sa propre autorité par une décision qui, d'une part, a fait ou peut faire l'objet d'un débat contradictoire avant que soit posée la question de sa certification en tant que titre exécutoire européen et, d'autre part, peut faire l'objet d'un recours devant une autorité judiciaire ». Par voie de conséquence, le notaire « juridiction » peut alors certifier « TEE » l'ordonnance qu'il a prononcée.

9. Dans l'affaire *Pula Parking*, concernant à nouveau le notariat croate, la question qui est posée à la Cour de justice tient en substance au fait de savoir si les notaires croates rendant des ordonnances d'exécution relèvent du règlement n° 1215/2012, qui concerne les « décisions » rendues par des « juridictions ». L'avocat général observe que dans un cas, la Hongrie, cet État a désigné comme juridiction au sens du règlement *Bruxelles I bis* les notaires lorsqu'ils sont appelés à traiter des procédures sommaires concernant les injonctions de payer. Tel n'a pas été le cas pour la Croatie. S'ensuit une démonstration là aussi très étayée qui conduit à retenir que certains critères typiques de la juridiction (devant être tirés, selon l'avocat général, de la définition générique utilisée par la Cour de justice dans le cadre du renvoi préjudiciel) font défaut au notaire, même lorsqu'il connaît d'une procédure tendant à la délivrance d'une ordonnance d'exécution. En particulier, la procédure devant les notaires croates présente toutes les apparences d'une procédure non contradictoire, étant donné que la compétence pour connaître d'un véritable différend doit être transférée par lui au tribunal de par les dispositions de la loi. Dit autrement, les six critères cumulatifs nécessaires à la qualification de juridiction rappelés par l'avocat général (origine légale, permanence, caractère obligatoire de la juridiction, nature contradictoire de la procédure, application, par l'entité, des règles de droit, ainsi que l'indépendance) ne sont pas tous satisfaits lorsqu'il s'agit d'appréhender le notaire.

10. Le lecteur l'aura immédiatement compris, les deux avocats généraux préconisent des solutions différentes. Et il est loin d'être évident de considérer que cette différence procède du seul fait que, dans un cas, le règlement interprété est le règlement *TEE*, et dans l'autre, le règlement *Bruxelles I bis*, ne serait-ce que par le fait qu'ils se retrouvent l'un et l'autre dans le raisonnement procédant d'une définition autonome, c'est-à-dire européenne, de la juridiction. C'est en réalité la question du caractère contradictoire de la procédure qui constitue le point de divergence entre eux. Bien sûr, le dernier mot appartiendra à la Cour de justice et l'on espère que la cohérence sera assurée, sauf à entrer dans des solutions propres à chaque règlement mais qui rendront difficilement lisible l'espace judiciaire civil européen. Pour notre part, et sans chauvinisme aucun, nous inclinons à penser que la position de l'avocat général Bobeck pose une difficulté. S'il est clair que le contradictoire est de l'essence de la procédure, chacun sait que des procédures unilatérales existent devant le juge. Et c'est précisément le cas de la procédure d'injonction de payer. Ce qui compte, c'est que ce contradictoire puisse avoir lieu dans le cadre d'un recours ultérieur, comme l'organise par exemple le règlement *IPE*. Dit autrement, nous suggérons que lorsque le notaire, de par la loi, est appelé à exercer une mission (para)juridictionnelle confiée à lui par l'État et autre que celle d'officier public, il pourrait recevoir cette qualification de juridiction au sens des règlements de l'Union. Il y a là un moyen, pour ces règlements de l'Union, de ne pas passer à côté de cette tendance lourde et actuelle, relevée par l'avocat général Bot, de « la déjudiciarisation du traitement de certains contentieux, notamment de masse, afin d'alléger les autorités judiciaires »... Le notariat espagnol en sait quelque chose, lui qui s'est vu depuis quelque temps confier de telles missions par le royaume. Et le notariat français lui, reste dans l'incertitude, faute pour le législateur national d'assumer des choix clairs⁸.

11. En second lieu, et concernant les textes, on évoquera ce qu'il faut bien appeler le paquet « proportionnalité »⁹ qui s'est traduit, avec quelques semaines de retard, dans la publication le 10 janvier 2017 d'une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à un contrôle de proportionnalité avant l'adoption d'une nouvelle réglementation des professions¹⁰ ainsi que d'une communication du même jour¹¹ uniquement disponible en anglais, et de divers documents de travail, eux aussi uniquement en anglais. De la lecture attentive de ce « vaste programme », plusieurs remarques s'infèrent. Tout d'abord, il est à remarquer que la proposition de directive accorde désormais une place pleine et entière à la notion de profession réglementée, ce qui n'était pas toujours le cas par le passé. Même si, à de nombreuses reprises, la Commission continue à raisonner avant tout à partir des services professionnels, des activités professionnelles, elle indique expressément, par exemple, que le droit de l'Union garantit la liberté professionnelle et l'article 1^{er}, qui fixe l'objet du texte, se réfère expressément à la profession réglementée. Ensuite, et pour la première fois de manière aussi nette, la proposition établie par la Commission indique en son considérant 2, qu'« en l'absence de dispositions spécifiques du droit de l'Union harmonisant les conditions d'accès à une profession réglementée ou d'exercice de celle-ci, il appartient aux États membres de décider des professions à réglementer et de la manière de les réglementer ». L'évolution par rapport au discours antérieur est notable et éclaire d'une lumière assez crue celui souvent véhiculé par certains États – dont la France – selon lequel c'est l'Union européenne qui commande l'aménagement, voire la suppression d'une profession réglementée (par le passé, on pense aux avoués près la cour d'appel). Cette compétence « première » des États membres doit tout au plus s'exercer « dans les limites des principes de non-discrimination et de proportionnalité », cet ultime point étant donc au cœur de la proposition de directive. Enfin, cette dernière se comprend par rapport à la directive de 2005 sur les qualifications professionnelles, dont elle reprend *expressis verbis* le champ d'application personnel (art. 2) et en épouse les définitions (art. 3).

12. C'est dès lors poser une question essentielle pour le notariat, profession réglementée. Entre-t-il ou non dans le champ couvert par ce texte ? La réponse est a priori négative dès lors que, rappelons-le, la directive de 2005 a procédé à l'exclusion de la profession. En effet, la directive *Qualifications*, après avoir énoncé, dans un considérant 3, que « les notaires nommés par un acte officiel des pouvoirs publics devraient être exclus du champ d'application de la directive 2005/36/CE, vu les régimes spécifiques et divergents qui leurs sont applicables dans les différents États membres en ce qui concerne l'accès à la profession et son exercice », peut édicter, dans son article 1^{er}, paragraphe 2, point b), que « la présente directive ne s'applique pas aux notaires qui sont nommés par un acte officiel des pouvoirs publics ». Et soulignons que la directive *Services* contient un article tout aussi essentiel (art. 2, § 2,

point I) aux termes duquel « la présente directive ne s'applique pas [aux] services fournis par les notaires et les huissiers de justice, nommés par les pouvoirs publics ». Observons cependant que, dans la communication qui accompagne la proposition de directive, il est tout de même fait référence (au titre des « bonnes pratiques ») à la déréglementation partielle du notariat grec... Là aussi, l'incertitude pourrait donc perdurer.

13. Sauf à considérer, ce qui ressort pleinement de la lecture attentive des 13 articles de la proposition de directive que sur le fond ce texte est la reprise de la jurisprudence bien établie de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) en matière de « test de proportionnalité », d'ailleurs assez bien systématisé (art. 6 notamment). Si l'application à ce texte de cette norme de droit dérivé peut donc être discutée à juste titre par le notariat, en revanche elle ne le dispense pas du respect du droit originaire tel qu'interprété par le juge de l'Union. C'est alors en réalité donner des arguments pour considérer que le processus d'évaluation *ex ante* (art. 4) et d'échange d'informations entre la Commission et les États membres (art. 8) ne concerne pas le notariat mais cependant l'inviter à ne pas en conclure trop vite que la proportionnalité ne constitue pas le filtre au travers duquel devra passer toute modification du statut de la profession. La proposition est donc désormais entrée dans le processus législatif complexe de l'Union. Naturellement la profession notariale doit se faire entendre aussi bien au niveau national qu'au niveau européen. Cela suppose simplement qu'elle se forge une conviction ferme sur ce qu'elle est, sur la réglementation qui est la sienne et, notamment, sur l'approche essentielle que met en œuvre l'Union européenne depuis plusieurs années, et en tout cas, depuis la communication de la Commission européenne du 2 octobre 2013 intitulée « Évaluer les réglementations nationales en matière d'accès aux professions » : son caractère réglementé l'est-il par le « titre professionnel » ou par les « activités réservées », sachant que l'ordre juridique de l'Union ne semble envisager aucune autre alternative...

II – Actes notariés et actes authentiques

(...)

III – Régimes matrimoniaux

14. Les « vedettes » de l'année 2016 sont incontestablement les deux règlements adoptés, dans le cadre d'une coopération renforcée, en matière de régimes matrimoniaux¹² et d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés¹³. Six mois plus tard, il apparaît nettement qu'ils n'ont pas bénéficié de la même audience que celle rencontrée lors de l'adoption du règlement *Successions*. Ceci peut s'expliquer à la fois par le recours à la coopération renforcée qui conduit à ce que ces textes seront applicables en janvier 2019 dans seulement 18 États membres (mais, ajoutons, tout de même dans 18 États membres à comparer aux 3 États membres ayant ratifié la Convention de La Haye de 1978) et par le fait qu'ils ont été généralement présentés au lectorat français – du moins s'agissant du règlement *Régimes matrimoniaux* – comme marqués par une très grande continuité par rapport à la situation actuelle¹⁴. Si nous avons nous-mêmes emprunté ce registre¹⁵, l'approfondissement (à la faveur de différentes manifestations tenues en France ou à l'étranger depuis) de l'analyse du règlement oblige peut-être à nuancer aujourd'hui cette affirmation et à inciter dès maintenant les notaires à faire preuve de beaucoup de vigilance dans leur appréhension de ce texte qui deviendra le droit commun dans deux ans (délai à mettre donc à profit pour se familiariser avec ce texte). Certes, le règlement ne saurait s'analyser comme cette révolution « copernicienne » qu'a pu constituer l'adoption du règlement *Successions* mais, par de nombreux aspects, des questions et interrogations essentielles surgiront inmanquablement. C'est notamment le cas du domaine de la loi matrimoniale sur lequel nous souhaitons nous arrêter, en particulier s'agissant du sort du régime primaire.

15. En substance, et cet aspect a pu être mis en lumière dans le tout premier commentaire du règlement sur les régimes matrimoniaux¹⁶, le domaine de la loi applicable au régime matrimonial tel qu'il procède du règlement n'est pas des plus aisés à cerner alors même qu'il reçoit une définition assez large à l'article 3, § 1-a. Se pose en particulier la question du sort du régime primaire impératif qui pourrait en première analyse apparaître comme rattaché à la catégorie régime matrimonial alors que jusque-là il était rattaché à la loi des effets du mariage distincte de la première. Au surplus, force est de souligner que l'une de ces dispositions emblématiques du régime primaire (le logement familial) évoqué par le règlement l'est sous l'angle des seules lois de police. Ainsi, le considérant 53 indique que la notion de « lois de police » devrait englober des règles à caractère impératif telles que celles relatives à la protection du logement familial. Cette disposition permet d'écarter l'application dans un État d'une loi étrangère au profit de sa propre loi. Pour assurer la protection du logement familial, un État membre sur le territoire duquel se trouve le logement pourra imposer ses propres règles de protection quelle que soit la loi applicable au régime matrimonial des époux. On peut donc penser que le statut primaire, non expressément visé dans le règlement à titre général – il est vrai, pas toujours connu du droit des États membres – trouve ici sa place au titre des lois de police. Mais le considérant 18, en indiquant que « la notion de régime matrimonial (...) devrait englober les règles auxquelles les époux ne peuvent déroger » peut créer la confusion, en considérant que ces règles sont précisément celles relevant du régime primaire ! La réponse réside certainement dans une lecture attentive de l'ensemble du règlement et dans les exclusions qu'il pose. Dès lors, toutes les règles du régime primaire qui concernent les seules relations personnelles des époux en sont exclues. C'est le cas des articles 212 et 213 du Code civil. Il en va vraisemblablement de même pour les règles concernant la contribution aux charges du mariage qui, qualifiées d'obligations alimentaires, sont aussi exclues du champ matériel du règlement. Force est alors de constater que, ces diverses exclusions opérées,

les règles impératives du régime primaire qui restent peuvent peut-être entrer dans la catégorie régime matrimonial sous réserve – de taille – de ne pas être qualifiées de lois de police et qui, dans une perspective nationale, continueront à être considérées comme « d'application territoriale »¹⁷, la résidence d'un des époux en France étant le critère.

IV – Successions

16. Le règlement de l'Union européenne sur les successions est désormais entré dans la panoplie des outils que le notaire met en œuvre. Plus d'une année de recul permet de mesurer les avantages et inconvénients qui se font jour et certaines questions surgissent que l'on n'attendait pas, alors que d'autres – annoncées – ne sont toujours pas là. L'année 2016 permet de mettre en lumière quelques difficultés d'interprétation du texte d'origine. Ces difficultés procèdent par exemple de la circulaire de la Chancellerie du 25 janvier 2016 sur le règlement. Elles justifient aussi que la CJUE ait été interrogée à deux reprises sur l'année écoulée. On s'arrêtera successivement sur les unes et sur les autres.

17. Non sans un certain retard, la circulaire de la Chancellerie du 25 janvier 2016 intitulée « Présentation des dispositions du règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen » (NOR : JUSC1601018C) a été publiée au BOMJ n° 2016-02 du 29 février 2016. Comme nous l'avons déjà indiqué ailleurs¹⁸, cette circulaire retient surtout l'attention dans ses développements relatifs au certificat successoral européen (CSE), en particulier quant à ses effets. Ainsi, « en ce qui concerne l'inscription d'un bien successoral dans les registres fonciers français, si l'article 1, § 2.1 du règlement exclut du champ d'application les inscriptions dans les registres de droit immobiliers et mobiliers et pose le principe selon lequel c'est la loi du registre qui déterminera les conditions et la manière dont l'inscription peut être effectuée et si l'article 69, § 5 prévoit que le CSE constitue un document valable pour l'inscription d'un bien successoral sur un tel registre sans préjudice de cet article 1, § 2.1, il n'en reste pas moins que le considérant 18 rappelle la nécessité d'une transcription directe d'une mutation immobilière dans les registres fonciers, sans procédure intermédiaire, dans toutes les hypothèses où les indications mentionnées dans le CSE ou l'acte authentique étranger sont suffisantes ». La formulation ici retenue n'est pas satisfaisante, et pas uniquement parce qu'elle semble mettre sur un pied d'égalité ce qui est dit par deux articles et par un considérant dont la différence de nature juridique est bien connue.

18. Comme les commentateurs du règlement ont pu l'écrire, « le CSE ne sera un titre destiné au transfert de bien que si la *lex registrationis* l'autorise »¹⁹. Les professeurs Bonomi et Wautelet sont encore plus explicites qui, après avoir rappelé que « l'exclusion posée par l'article 1^{er}, paragraphe 2, point 1, est de nature générale » et souligné que « le règlement ne mentionne [donc] pas la manière dont l'inscription doit avoir lieu », estiment que « le considérant 18 précise que les "modalités" de l'inscription sont également exclues », ce qui les conduit à considérer que la question sera réglée par « la loi de l'État membre sous l'autorité duquel le registre est tenu, comme *lex auctoris* »²⁰. Or force est de considérer que le CSE est insuffisant pour procéder à la mise à jour des registres fonciers et que le fait d'exiger qu'il soit complété au moyen d'une attestation notariée prévue par l'article 29 du décret du 4 janvier 1955 n'est pas une hypothèse de « duplication » contre laquelle entend lutter le règlement, mais simplement l'expression d'un complément nécessaire, tel que prévu par la *lex auctoris* ou la *lex registrationis*, conformément aux dispositions du règlement *Successions* et aux explications apportées par le considérant 18 *in fine*, à savoir la production « des documents complémentaires exigés en vertu du droit de l'État membre dans lequel le registre est tenu ». Comme cela a alors été souligné, « l'utilisation de l'attestation notariée permettra de compléter les renseignements fournis par le certificat, celui-ci ne comportant pas l'ensemble des informations nécessaires pour la mise à jour des registres. Ainsi, l'attestation comportera mention de la nature, la situation, la contenance et la désignation cadastrale du bien immeuble, qui n'est pas exigée pour le certificat européen »²¹. La formulation retenue par la circulaire est donc au minimum ambiguë et risque bien d'induire en erreur le lecteur, car elle se réfère en réalité à un cas de figure qui – en l'état du droit positif – ne peut jamais se vérifier lorsqu'est produit le seul CSE. Il reste à espérer que le texte sera prochainement corrigé !

19. Le second semestre 2016 a donc vu la Cour de justice – interprète authentique des règlements de l'Union européenne – être saisie de deux questions préjudicielles touchant directement au règlement n° 650/2012. Il s'agit, d'une part, de l'affaire *Kubicka* (C-218/16), enregistrée au greffe de la Cour en juin 2016²², d'autre part de l'affaire *Doris Margret Lisette Mahnkopf* (C-558/16), enregistrée au greffe de la Cour en novembre 2016²³. Sans développer outre mesure ces deux renvois préjudiciels, il apparaît que le juge polonais et le juge allemand ont des difficultés à appréhender les dispositions du règlement dans son volet intéressant la transmission de l'immeuble et les enjeux tenant à la mise à jour des registres fonciers. Dans les deux cas, la règle allemande est en cause et on lira avec profit la position du juge allemand qui opère des distinctions très nettes entre ce qui relève de la loi matrimoniale (exclue du champ du règlement), la loi successorale (gouvernée par le règlement) et la loi du registre (exclue du champ du règlement). Il apparaît nettement que le droit national garde son empire dès lors que les exclusions contenues dans le règlement sont en jeu avec les incidences que cela emporte quant à l'établissement du contenu du CSE.

20. Ces deux affaires, dont on suivra attentivement la mise en état, verront peut-être la Cour de justice s'appuyer sur un arrêt récemment prononcé par elle en interprétation du règlement *Bruxelles I bis* relatif à la compétence en matière civile et commerciale. Dans sa décision *Wolfgang Schmidt*²⁴, la Cour de justice rappelle la nécessaire distinction entre droit réel et droit personnel à la faveur d'une question qui lui est posée à propos d'une donation. Est clarifiée la portée exacte de la compétence exclusive prévue en matière de droit réel immobilier et, partant, la notion même couverte. Lorsqu'une action en justice intéresse un

immeuble, l'enjeu est de savoir si celle-ci entre ou non dans le champ de l'exclusivité du juge du lieu de situation de l'immeuble. Pour faire simple, la compétence exclusive du juge de l'immeuble impose que l'action tende, d'une part, à déterminer l'étendue, la consistance, la propriété, la possession d'un bien immeuble ou l'existence d'un droit réel portant sur un bien, et d'autre part, à assurer aux titulaires de ces droits la protection des prérogatives qui sont attachées à leur titre²⁵. Ceci explique qu'au cas précis, l'action en annulation de l'acte de donation dont le fondement est tiré d'une incapacité alléguée du donateur n'entre pas dans le champ de cette compétence exclusive. Ceci justifie, en revanche, que l'action tendant à la radiation du registre foncier des mentions relatives au droit de propriété du donataire entre pleinement dans le champ de la compétence exclusive du juge du lieu de situation de l'immeuble. De cet arrêt, et par analogie, il s'infère clairement que, pour le juge européen, la question de l'accès au fichier immobilier est au cœur de la matière des droits réels telle qu'elle est conçue de manière autonome par l'ordre juridique européen. Dit autrement, et concernant la question qui nous intéresse, il y a là un argument décisif pour considérer que la *lex auctoris* s'identifie à la *lex rei sitae* et donc échappe, dans le cadre du règlement *Successions*, à toute interférence de la *lex successionis*!

V – Contrats et relations financières transfrontières

21. Alors que la France vient de transposer la quatrième directive *Blanchiment* du 20 mai 2015 par une ordonnance n° 2016-1635 du 1^{er} décembre 2016²⁶, la Commission européenne poursuit son œuvre en publiant le 21 décembre un nouveau « paquet » composé d'une proposition de directive et de deux propositions de règlement. Des observations sceptiques ont été assez rapidement formulées quant à cette frénésie textuelle et, notamment, sur la réalité des intentions affichées par l'institution. Ces propositions sont-elles bien dictées par la volonté de lutter contre le financement du terrorisme ou doivent-elles davantage être vues comme participant de l'élaboration d'un *corpus* contre la fraude fiscale ? En réalité, probablement l'une et l'autre...

22. Chacun sait que les notaires restent, parmi les professions non bancaires ou non financières, les professionnels les plus en pointe dans la détection et le signalement des opérations de blanchiment même si le dernier rapport TRACFIN²⁷ disponible (pour l'année 2015) montre une montée en puissance remarquable des administrateurs et mandataires judiciaires. Au point que ce rapport, qui contient des développements très intéressants sur les risques liés à de nouveaux types de financement (crowdfunding et autres monnaies virtuelles) formule quelques observations en forme d'alerte à destination de la profession, notamment en analysant certaines pratiques dans le domaine des opérations immobilières qui restent un vecteur important de blanchiment.

23. L'ordonnance retient l'attention en ce qu'elle apporte une clarification de la définition de la relation d'affaires qui est un déclencheur des mesures de vigilances. Il s'agit « de la relation professionnelle ou commerciale avec le client, et inclut le cas échéant le bénéficiaire effectif ». Sur cette dernière notion, l'ordonnance permet la création des registres de bénéficiaires effectifs des personnes morales et des trusts en lien avec les RCS pour les premières, au sein d'un registre central détenu par le ministère de l'Économie pour les seconds. La logique de ce texte (et c'était l'esprit même de la quatrième directive) repose tout entière sur l'analyse des risques qu'assument au premier chef les professionnels concernés. La proposition de cinquième directive²⁸ amorce, elle, un virage dans la mesure où elle innove sur un point essentiel. Le recours à l'instrument du droit pénal est désormais clairement affiché et le texte se propose, d'une part, d'établir des règles minimales relatives à la définition des infractions et des sanctions pénales liées au blanchiment de capitaux, espérant ainsi combler les différences entre les règles nationales, d'autre part, d'éliminer les obstacles à la coopération judiciaire et policière transfrontière en mettant en œuvre des dispositions communes pour améliorer les enquêtes concernant les infractions liées au blanchiment de capitaux. Dit autrement, l'analyse casuistique des situations va céder le pas à un exercice de qualification de ces dernières qui commandera alors la vigilance et surtout le signalement. Certains y verront peut-être un progrès dans le sens d'une plus grande sécurisation de leur intervention...

1 –
JOUE L 200, 27 juill. 2016, p. 1.

2 –
En ce sens TUE, art. 3, § 2 et § 3.

3 –
En ce sens, v. Devers A., « Le divorce sans juge en droit international privé », Dr. famille 2017, dossier 5 ; Boiché A., « Divorce 229-1 : aspect de droit international privé et européen. La France, nouveau Las Vegas du divorce ? », AJ fam. 2017, p. 57 et s.

4 –
[Defrénois flash 13 févr. 2017, n° 138c2, p. 10](#). V. également [Defrénois flash 9 janv. 2017, n° 137n9, p. 1](#).

5 –
L. n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle : JO, 19 nov. ; [Defrénois flash 28 nov. 2016, n° 136x9, p. 1](#).

6 –
CJUE, 5 avr. 2011, n° C-119/09, Sté fiduciaire nationale.

- 7 –**
V. *infra* n° 12.
- 8 –**
V. *supra* n° 3.
- 9 –**
Sur lequel, v. déjà Tarrade J., « Bruxelles : nouvelle pression sur les professions réglementées. Le projet de directive proportionnalité », JCP N 2016, n° 48, act. 1279.
- 10 –**
COM (2016), 822 final.
- 11 –**
COM (2016), 820 final.
- 12 –**
Règl. (UE) 2016/1103 du Cons., 24 juin 2016, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux : JOUE L 183, 8 juill. 2016, p. 1.
- 13 –**
Règl. (UE) n° 2016/1104 du Cons., 24 juin 2016, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés : JOUE L 183, 8 juill. 2016, p. 30.
- 14 –**
En ce sens not., Godechot-Patris S., « Commentaire du règlement du 24 juin 2016 relatif aux régimes matrimoniaux : le changement dans la continuité », D. 2016, p. 2292 ; Perreau-Saussine L., « Le nouveau règlement européen "Régimes matrimoniaux" », JCP G 2016, doct. 1116.
- 15 –**
En ce sens, Nourissat C. et Revillard M., « Règlements européens du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », [Defrénois 15 sept. 2016, n° 124q4, p. 878](#).
- 16 –**
Peroz E., « Le nouveau règlement européen sur les régimes matrimoniaux », JCP N 2016, 1241.
- 17 –**
[Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 1987, n° 85-18877](#) : Bull. civ. I., n° 275 ; JDI 1988, p. 446, note Huet A. ; Rev. crit. DIP 1988, p. 540, note Lequette Y.
- 18 –**
Nourissat C. (dir.), « Droit international privé notarial », JCP N 2016, p. 1290, spéc. n° 5.
- 19 –**
Lagarde P., Bergquist U., Frimston R. et a., *Commentaire du règlement européen sur les successions*, 2015, Dalloz, spéc. p. 44.
- 20 –**
Bonomi A. et Wautelet P., *Le droit européen des successions*, 2^e éd., 2016, Bruylant, spéc. p. 134.
- 21 –**
Bonomi A. et Wautelet P., *op. cit.*, spéc. p. 903.
- 22 –**
JOUE C 335, 12 sept. 2016, p. 30.
- 23 –**
JOUE C 30, 30 janv. 2017, p. 20.
- 24 –**
CJUE (2^e ch.), 16 nov. 2016, n° C-417/15, Wolfgang Schmidt.
- 25 –**
V. pt. 30 de l'arrêt *Wolfgang Schmidt*.
- 26 –**
JO, 2 déc. 2016.
- 27 –**
Min. Éco. et Fin., communiqué de presse 8 déc. 2016 : [Defrénois 30 déc. 2016, n° 125d9, p. 1337](#) (« En chiffres : l'activité de TRACFIN en 2015 »).

Issu de Defrénois - 15/03/2017 - n° 05 - page 317

ID : DEF125x7

Permalien : text.so/DEF125x7

Auteur(s) :

- Cyril Nourissat, professeur agrégé des facultés de droit, professeur à l'université Jean-Moulin (Lyon 3) (EDIEC), chaire notariale européenne