

**Caractère enregistrable d'un acte de vente établi par un notaire allemand en vue de son inscription au registre foncier espagnol  
(Remarques relatives à l'arrêt de la Cour suprême espagnole rendu le 19 juin 2012 – arrêt n° 489/2007)**

de Prof. Dr. Dr. h.c. (Thessalonique) *Reinhold Geimer*, Munich\*

*The Spanish Supreme Court confirmed that registrations of ownership with the Spanish land register may be based on authentic instruments drawn up by German civil law notaries. In spite of some (misleading) comments on European law, the judgment heavily relies on specific provisions of Spanish law on the access of foreign instruments to the Spanish land register. According to the Spanish Supreme Court, any authentic instrument of foreign origin producing the same evidentiary effects as a Spanish authentic instrument can be registered with the land register. This result reflects current Spanish practice and is due to the effects of registration: registration in the Spanish land register is not needed to establish ownership, but only entails bona-fide effects. This is why the Spanish Supreme Court decision has no effects on German practice where registration is needed to complete the transfer of ownership. As a result, German register law makes a distinction between evidentiary effects of authentic instruments and substantive law requirements they have to meet. This distinction does not contravene European law as solely the Member States are competent to determine the rules according to which ownership is transferred.*

### **I. Les faits et l'arrêt du Tribunal Supremo**

En octobre 1984, un acte de vente relatif à une part d'un appartement en indivision situé à Puerto de la Cruz (Tenerife) fut authentifié par un notaire allemand sur demande d'un ressortissant espagnol vivant en Allemagne. Selon les règles de conflit de lois espagnoles, le transfert de propriété est régi par la loi espagnole en vertu du principe de la *lex rei sitae*. Théoriquement, l'applicabilité de la loi espagnole ne devrait point surprendre les parties contractantes dans la mesure où le notaire les a éclairées, du moins en ce qui concerne les règles de conflit de lois allemandes applicables (§ 17, al. 1<sup>er</sup>, première phrase de la Loi sur l'authentification des actes ; BeurkG), identiques aux règles espagnoles<sup>1</sup>. Faute d'informations contraires dans la description des faits, on peut considérer que les parties n'ont

---

\* Je remercie M. U. Simon, LL.M. (Columbia) de son soutien actif lors des recherches et de la mise au point de ce travail. La version allemande de cet article a été publiée dans IPRax 2013, 479.

<sup>1</sup> Conformément à l'art. 220, al. 1<sup>er</sup> de la Loi introductive au BGB (dit EGBGB), tout dossier conclu avant le 1<sup>er</sup> septembre 1986 est régi par le régime appliqué avant l'entrée en vigueur de la loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé. Or, le principe de la *lex rei sitae* fut appliqué dans le domaine de l'immobilier « de tout temps et en tous lieux », se reporter à l'arrêt du 4 juillet 1969 de la Cour Fédérale de Justice (BGH) – V ZR 69/66, BGHZ 52, 239, 240. Pour un rappel historique, voir également *Martiny*, IPRax 2012, p. 119 s.

pas non plus opéré un choix de loi (recevable<sup>2</sup>) en faveur de la loi allemande pour ce qui est de la partie du contrat relevant du droit des obligations. Au contraire, elles ont opté pour le droit espagnol comme loi applicable afin d'éviter un dépeçage inapproprié à la situation.<sup>3</sup>

C'est en 2002 seulement que l'acquéreuse demanda l'inscription de cet appartement au registre foncier espagnol (*Registro de la Propiedad de Inmuebles*), sachant qu'en droit espagnol, l'inscription *n'a aucun effet constitutif*. En revanche, l'inscription est requise pour garantir l'effet *erga-omnes* du transfert de propriété.<sup>4</sup> La demande était accompagnée d'une copie apostillée de l'acte de vente en question et d'une traduction espagnole de celle-ci. Par ailleurs, il semblerait qu'une « attestation de faits » rédigée en 2003 en langue espagnole par un autre notaire allemand et confirmant l'exactitude de l'acte de vente et la capacité juridique des parties contractantes aurait été introduite par la suite. Toutefois, la demande d'inscription au registre foncier fut refusée par le préposé de registre compétent. L'acte présenté se serait avéré inapproprié, ne bénéficiant pas de la pleine validité en Espagne et en raison du fait que le régime espagnol des transferts de propriété varie fortement de son équivalent allemand.

L'acquéreuse présenta donc un recours qui fut néanmoins rejeté par la Direction générale des registres et du notariat. Suite à cette décision, l'acquéreuse saisit avec succès le tribunal régional et provincial de Santa Cruz. Finalement, la Cour suprême espagnole (*Tribunal Supremo*) reconnut le caractère enregistrable de l'acte notarié allemand.

## II. Motifs de l'arrêt rendu par le Tribunal Supremo

L'arrêt rendu par le *Tribunal Supremo* repose en substance sur les règles spécifiques relatives aux registres et au droit des biens en Espagne. En effet, celles-ci sont pertinentes pour savoir si l'acte allemand en question était enregistrable et si un acte dressé par un notaire allemand est susceptible de « remplacer » la remise du bien immobilier, tel que le prévoit le droit espagnol.

### 1. Le caractère enregistrable d'actes authentiques étrangers en vue de leur inscription au registre foncier espagnol

---

<sup>2</sup> Quant à l'ancienne situation juridique, voir BGH, arrêt du 4 juillet 1969 – V ZR 69/66, BGHZ 52, 239, 241. La liberté actuelle du choix (partiel) de la loi applicable relève de l'art. 3, par. 1 du règlement « Rome I ».

<sup>3</sup> Déjà avant l'introduction de l'art. 28, al. 3 EGBGB ancienne version (cf. actuellement art. 4, par.1, sous c) du règlement « Rome I », il était d'usage d'appliquer la *lex rei sitae* aux accords relatifs aux transferts de propriété immobilière relevant du droit des obligations, à défaut de *professio iuris*.

<sup>4</sup> Cf. *Gantzer*, *Spanisches Immobilienrecht*, 9<sup>e</sup> éd. (2003), p. 16.

Conformément à l'article 4 de la loi espagnole sur les hypothèques (*Ley Hipotecaria - LH*) et l'article 36, al. 1<sup>er</sup> du règlement d'application de la loi sur les hypothèques (*Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria - RH*), les actes établis à l'étranger peuvent également faire l'objet d'une inscription au registre foncier pour autant qu'ils répondent aux exigences prévues par les règles de conflit espagnoles et qu'ils remplissent les autres conditions s'appliquant aux actes authentiques en Espagne. L'article 11 du Code civil espagnol dispose qu'un acte juridique est valable lorsqu'il remplit les conditions de forme régies par la loi de l'État dans lequel il a été établi. Bien entendu, il en est déjà ainsi pour les contrats en vertu de l'art. 11, par. 1<sup>er</sup>, var. 2 du règlement « Rome I », sauf – et c'est la seule exception – si la loi du lieu de situation du bien ordonne l'application des règles de forme de cet État (Règlement « Rome I », art. 11, par. 5). L'article 11 du *Código civil* ne contient cependant pas de telles dispositions contraignantes. A l'instar de tous les contrats portant sur un transfert ou une acquisition de biens immobiliers, y compris ceux situés à l'étranger<sup>5</sup>, l'acte notarié allemand, lui, respecte la forme prévue par la loi du lieu de rédaction de celui (§ 311b, al. 1<sup>er</sup>, première phrase du BGB).

Le procureur avait invoqué la non-validité de l'acte allemand au regard des articles 4 LH et 36 RH, avançant que seul un notaire espagnol aurait la compétence de vérifier les droits et les charges réelles attachés au bien immobilier ainsi que d'assurer la coopération avec les autorités fiscales espagnoles. Le *Tribunal supremo* ne s'est pas rallié à ces propos. En effet, il ne les a ni réfutés, ni trouvés de disposition justifiant de telles scrupules.

La conformité de l'acte allemand aux autres exigences du droit espagnol est qualifiée d'évidente par le *Tribunal supremo* et ce, à juste titre. Il renvoie déjà dans une autre partie de son arrêt au code de procédure espagnol<sup>6</sup> reconnaissant aux actes notariés allemands sous réserve de leur authenticité la même valeur probante qu'aux actes espagnols ; leur équivalence étant « manifeste ».

## 2. *L'acte notarié allemand comme escritura*

Pour le transfert de propriété d'un bien, le droit espagnol prescrit l'accord des volontés des parties contractantes ainsi que la mise en possession du bien immobilier (cf. art. 1462, al. 1<sup>er</sup>

---

<sup>5</sup> *Schumacher*, dans Staudinger, BGB, éd. 2011, § 311b, consid. 31 ; selon BGH, arrêt du 4 juillet 1969 – V ZR 69/66, BGHZ 52, 239, 242, l'exigence d'authentification est en tous cas applicable aux biens immobiliers situés à l'étranger lorsque les parties ont choisi le droit allemand comme loi applicable à leur transaction sans pour autant avoir exclu l'applicabilité d'une autre loi nationale.

<sup>6</sup> *Art. 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

*Código civil*). Selon l'article 1462, al. 2 du *Código civil*, l'établissement d'un acte notarié équivaut à la mise en possession du bien en question (*traditio ficta*). L'acte notarié engendre ainsi le transfert de propriété.<sup>7</sup>

Le procureur avait objecté à l'enregistrement de l'acte allemand que le droit allemand ne connaissait pas un tel effet « fictif » d'actes notariés ; objection à laquelle l'opinion dissidente de la minorité des juges – qui fut également publiée – s'est ralliée. En effet, en droit allemand, une mise en possession du bien n'est pas nécessaire pour réaliser le transfert de propriété d'un bien immobilier. De même, la différence prévue en droit allemand entre l'authentification du contrat aboutissant à une *obligation* de transférer (*Verpflichtungsgeschäft*) et l'accord des parties devant notaire sur le *transfert* de propriété du bien immobilier (*Auflassung*) permettrait de considérer que l'authentification d'un acte de vente d'un bien situé en Espagne ne témoigne en général pas de la volonté des parties d'assurer le transfert de propriété du bien immobilier au moyen de sa mise en possession.

La majorité des juges du *Tribunal supremo* n'a pas soutenu cette argumentation. Au contraire, tout acte répondant aux exigences espagnoles s'appliquant aux actes authentiques « remplacerait » valablement la transmission du bien. Malheureusement, les motifs de l'arrêt ne permettent pas de savoir si la Cour considère que l'*escritura pública* – nécessaire selon l'art. 1462, al. 2 du *Código civil* – est substituée par l'acte établi conformément au *Beurkundungsgesetz* allemand ou si, pour elle, la question ne se pose même pas, étant donné que cette règle ne suppose de toute manière aucune authentification selon les règles du droit espagnol. Selon une décision de la Direction générale des Registres et du Notariat datant du 22 février 2012<sup>8</sup> sur la nature enregistrable d'un acte de vente vénézuélien, les règles portant sur l'acquisition de la propriété et demandant une *escritura pública* ne renvoient pas à la Loi espagnole relative au Notariat. En effet, pour ce qui est de la nature enregistrable des actes, leur *forme* et leur *effet* en général, l'article 608 du *Código civil* renvoie à la loi espagnole sur les hypothèques contenant des dispositions particulières sur la nature enregistrable des actes étrangers.

L'arrêt de la Cour ne mentionne que brièvement le décret royal 664/1999 qui facilite les investissements effectués par des personnes physiques ou morales étrangères en Espagne. Cette loi partirait également de l'idée selon laquelle l'acte de vente portant sur un bien espagnol ne doit pas être nécessairement authentifié par un notaire espagnol.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Gantzer (op. cit. note 4), p. 18.

<sup>8</sup> *Boletín oficial* du 13 mars 2012.

<sup>9</sup> Pour plus d'informations voir Löber, *Grundeigentum in Spanien*, 6<sup>e</sup> éd. (2000), p. 38.

### 3. Considérations dans l'arrêt tirées du droit européen

Avant d'interpréter la loi espagnole en vigueur, la Cour invoque des considérations tirées du droit européen lesquels ne sont ni nécessaires au jugement rendu, ni convaincantes puisqu'elles sont tout simplement erronées. Ainsi, peut-on lire la remarque liminaire dans l'arrêt selon laquelle l'intervention obligatoire d'un notaire espagnol reviendrait à restreindre la liberté de prestation de services (art. 56 TFUE) ; thèse qui s'avère fautive au vu des ordres juridiques européen et espagnol en vigueur aujourd'hui. En effet, la libre prestation de services ne porte aucunement atteinte à la souveraineté des États membres quant à l'organisation de leur système judiciaire et des registres, cette souveraineté ayant la priorité absolue. Nous trouvons un exemple tout récent de ce principe dans le règlement « successions » soumettant les conditions et les effets de l'enregistrement d'un bien au régime du registre foncier et au droit des biens de l'État de situation du bien concerné (*lex rei sitae*).<sup>10</sup>

Le renvoi aux réflexions actuelles de la Commission européenne en vue de promouvoir la circulation transfrontalière d'actes d'état civil<sup>11</sup> qui aurait pour conséquence l'irrecevabilité de tout « double emploi d'exigences de forme » est, lui aussi, peu convaincant. Mis à part le fait qu'un livre vert n'a aucun effet normatif, l'*acquis communautaire* en vigueur prouve, au contraire, que la circulation d'actes notariés issus d'un État membre dans l'État d'accueil est règlementée au cas par cas sur base de l'article 81 du TFUE. Autrement, les réglementations « sectorielles » qui diffèrent dans le détail seraient dénués de sens. Les réglementations spécifiques relatives à la force exécutoire transfrontalière d'actes notariés en matière de droit civil et commercial<sup>12</sup> tout comme dans le domaine du droit des successions<sup>13</sup> seraient tout aussi inutiles que la disposition spéciale sur l'*acceptation* des actes notariés en matière de droit des successions<sup>14</sup>. Cette disposition spéciale a récemment ouvert de nouvelles voies en matière juridique. En effet, contrairement à la notion de « reconnaissance » de l'article 46 du règlement « Bruxelles II bis »<sup>15</sup> et de l'article 48 du règlement sur les obligations alimentaires, l'article 59 du règlement « successions » ne qualifie pas l'acceptation d'actes notariés de simple condition à la force exécutoire, mais ordonne le respect transfrontalier de la force probante

---

<sup>10</sup> Art. 1<sup>er</sup>, par. 2, sous 1) du règlement « successions » en relation avec considérant 18. Sur le champ d'application de cette disposition voir e.a. *Buschbaum/Simon*, ZEV 2012, 525, 528 s.

<sup>11</sup> Livre vert « Moins de démarches administratives pour les citoyens : promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets d'actes civils », COM(2010) 747 final.

<sup>12</sup> Se reporter aux art. 58 ss. de la version révisée et tout récemment adoptée du règlement « Bruxelles I » (jusqu'à présent : art. 57 ancienne version), l'art. 46 du règlement « Bruxelles II bis » et l'art. 48 du règlement sur les obligations alimentaires.

<sup>13</sup> Se reporter à l'art. 60 du règlement « successions ».

<sup>14</sup> Se reporter à l'art. 59 du règlement « successions ».

<sup>15</sup> Voir à ce propos les critiques de Zöller/*Geimer*, ZPO, 29<sup>e</sup> éd. (2012), art. 46 du règlement « Bruxelles II bis », pt. 3.

formelle dans le domaine du droit des successions (cf. art. 1<sup>er</sup>, 23 du règlement « successions »). Les États ne connaissant pas de telles règles européennes restent libres de décider dans quelle mesure ils acceptent des actes notariés établis dans un autre État membre ou un État tiers.

### III. Répercussions sur la pratique juridique espagnole et allemande

#### 1. Confirmation de la pratique juridique existante en Espagne

En somme, l'arrêt n'apporte presque rien de nouveau. En effet, malgré l'avis contraire de la Direction générale des Registres et du Notariat prononcé en 2000, il était déjà d'usage d'accepter des actes de vente allemands en vue de l'enregistrement d'une propriété.<sup>16</sup> Bien avant la prononciation de l'arrêt du *Tribunal Supremo* sur les règles espagnoles relatives aux registres, la conception juridique divergente de la Direction générale fut critiquée et considérée comme non convaincante dans la littérature allemande.<sup>17</sup>

Dans la pratique, la situation juridique espagnole va forcément soulever un certain nombre de questions. Ainsi faut-il reconnaître que le procureur a raison lorsqu'il invoque que seul le notaire de l'État de situation du bien immobilier est généralement en mesure d'évaluer pleinement les droits réels grevant un bien immobilier ainsi que les aspects relevant du droit relatif aux constructions. Il est également vrai que le notaire de l'État de situation du bien est normalement le seul à être familiarisé avec les démarches administratives à effectuer et à pouvoir répondre de manière fiable aux devoirs de communication et de coopération qui lui incombent dans le domaine de l'administration fiscale par exemple ; cela s'explique déjà par le fait que seule l'autorité de tutelle chargée du contrôle de la profession notariale de l'État de situation du bien est en mesure de contrôler et d'imposer l'exécution en bonne et due forme de ces devoirs. D'ailleurs, ce n'est pas sans raison que le législateur européen vient de consacrer le principe de la *lex rei sitae* dans le droit immobilier.<sup>18</sup>

#### 2. Aucune répercussion sur la pratique en Allemagne

---

<sup>16</sup> Se reporter à *Eberl/Selbherr*, dans : Frank/Wachter (éd.), *Handbuch Immobilienrecht in Europa, Spanien*, pt. 44 ; *Gantzer*, *Spanisches Immobilienrecht*, 9<sup>e</sup> éd. (2003), p. 20 s. ; se reporter également à *Löber* (op. cit. note 9), p. 37 s., qui renvoie au changement de la situation juridique suite au *Real Decreto* 664/1999 du 23 avril 1999.

<sup>17</sup> *Eberl/Selbherr*, dans : Frank/Wachter, (op. cit. note 16), pt. 44.

<sup>18</sup> Se reporter au considérant 18, phrase 2 du règlement « successions ». Une consécration du principe de la *lex rei sitae* dans le règlement « successions » pour le domaine des biens immobiliers est saluée par *Martiny*, *IPRax* 2012, 119, 127.

L'arrêt espagnol n'aura point de répercussions sur la pratique juridique allemande. À cet égard, la situation juridique en Allemagne et en Espagne est trop divergente. Contrairement à l'inscription au registre foncier espagnol portant sur le transfert de propriété déjà effectué en dehors du registre, l'inscription au livre foncier allemand ne se limite pas à une fonction de documentation ; c'est elle notamment qui engendre le transfert de propriété (cf. § 873, al. 1<sup>er</sup> BGB). Vu le caractère constitutif que le droit matériel accorde à l'enregistrement, le service du livre foncier ne se limite pas à contrôler que le respect de la totalité des conditions soit documenté par des actes notariés (§ 29, al. 1<sup>er</sup> de la Loi relative à la tenue du livre foncier et à la publicité foncière ; GBO). En effet, il lui revient plutôt de vérifier que vendeur et acquéreur soient parvenus à un accord en bonne et due forme avant l'acquisition même (§ 20 GBO). La procédure d'enregistrement renoue donc avec la distinction claire que fait le droit allemand entre la valeur probante formelle des actes (§§ 415 ss. ZPO) et les règles de forme prescrites par le droit matériel.<sup>19</sup> S'il est vrai que les actes notariés nationaux et étrangers bénéficient, sous réserve de leur authenticité (§ 438 ZPO), de la même valeur probante<sup>20</sup>, ce n'est pas pour autant qu'ils remplissent les conditions de forme spécifiques au droit matériel. C'est ici qu'intervient la *distinction dogmatique entre l'instrumentum et le negotium*<sup>21</sup>. En effet, le droit allemand ne connaît pas la coïncidence entre les exigences posées quant à la justification de déclarations, d'une part, et les conditions requises pour la validité formelle d'une déclaration d'autre part.<sup>22</sup>

#### IV. Conclusion

L'arrêt du *Tribunal Supremo* a confirmé une interprétation du régime espagnol des registres qui prévalait déjà dans la pratique. Le caractère enregistrable des actes notariés allemands en vue de leur inscription au registre foncier espagnol pourrait donc être confirmé. La Cour n'avait cependant pas à trancher sur la finalité de l'authentification d'un acte à l'étranger. Celle-ci ne paraît recommandable que dans certains cas particuliers<sup>23</sup> et, dans l'affirmative,

---

<sup>19</sup> Voir à ce propos aussi les références dans *Mansel/Thorn/Wagner*, IPRax 2013, 1, 5 note 53 par exemple.

<sup>20</sup> Sur l'utilisation d'actes notariés étrangers dans la procédure du livre foncier, se reporter à OLG Zweibrücken FGPRax 199, 86 ; *Hügel*, dans : Beck'scher Online-Kommentar GBO, situation du 1<sup>er</sup> septembre 2012, § 29, pt. 121. Voir aussi les références chez *Zöllner/Geimer*, ZPO, 30. éd. (2013), § 438 pt. 2.

<sup>21</sup> Pour plus d'informations voir *Kohler/Buschbaum*, IPRax 2010, 313 ss.

<sup>22</sup> *Reithmann*, IPRax 2012, 133 ; se reporter aussi à *Hügel*, dans : Beck'scher Online-Kommentar GBO, du 1<sup>er</sup> septembre 2012, § 29, pt. 123.

<sup>23</sup> Sur des cas où la loi du lieu de résidence des parties revête une importance particulière, se reporter à *Eberl/Selbherr*, dans : Frank/Wachter (op. cit. note 16), pt. 45. Sceptique par principe aussi *Löber* (op. cit. note 9), p. 38.

qu'en concertation étroite entre le notaire du lieu de résidence des parties et le notaire du lieu de situation du bien immobilier.<sup>24</sup>

Un principe communautaire, selon lequel un acte notarié établi dans un État membre serait utilisable dans tout État membre et à toute fin utile n'existe pas – eu égard notamment à la divergence des objectifs poursuivis par le législateur lorsqu'il prescrit des conditions de forme. Il s'agirait, en l'occurrence, d'un empiètement du législateur européen sur la marge de manœuvre législative des États membres qui ne serait pas couverte par les dispositions de l'article 81 TFUE. En effet, les États membres ont la compétence réglementaire exclusive lorsqu'il s'agit de stipuler au sein de leur territoire national les *règles relatives au transfert de propriété immobilière* et de déterminer, plus particulièrement, si l'inscription au livre foncier/au registre foncier/registre des hypothèques etc. a un effet constitutif ou non ou encore de prescrire les conditions propres au transfert de propriété.

---

<sup>24</sup> Une coopération sur place est permise en vertu du § 11a BNotO.