

DEFRÉNOIS

La revue du notariat

N° 23 - 15 décembre 2015 - BIMENSUEL - 135^E ANNÉE



FAMILLE - PATRIMOINE - P. 1249

Choix matrimoniaux et successoraux : conseils donnés à un couple de Britanniques

par Raymond LE GUIDE



ACTES COURANTS -
IMMOBILIER - P. 1231

Chronique
Publicité foncière,
par Stéphane
PIÉDELIÈVRE



FAMILLE - PATRIMOINE
- P. 1237

Contrat
de mariage
et *prenuptial*
agreement :
une protection
efficace ?, par
Delphine ESKENAZI

FAMILLE - PATRIMOINE
- P. 1243

Organisation
du patrimoine au
travers d'un *trust*
américain, par
Hélène PEISSE

www.defrenois.fr

lextenso éditions



121q1

Contrat de mariage et prenuptial agreement : une protection efficace ?

Les deux articles qui suivent sont issus d'une conférence organisée par la French American Bar Association, le 9 octobre dernier, sur le thème : *Protection du patrimoine des époux et des actifs d'une société en cas de divorce : Perspectives franco-américaines*. Aux termes de son intervention en langue anglaise, M^e Gretchen Beall Schumann, associée du cabinet new-yorkais Cohen Rabin Stine Schumann LLP, a expliqué la notion de distribution équitable des biens (equitable distribution) et la méthode de valorisation des sociétés dans l'État de New York. M^e Delphine Eskenazi, associée du cabinet Libra Avocats à Paris et M^e Hélène Peisse, diplômée notaire, sont intervenues respectivement sur les enjeux et la mise en œuvre des contrats de mariage et prenuptial agreements, ainsi que sur de l'organisation du patrimoine au travers d'un trust américain.

Il convient, pour les époux qui recherchent une protection dans le contrat de mariage, de prendre en considération les éléments d'extranéité susceptibles de modifier les résultats espérés. La présente étude a précisément pour objet de sensibiliser les praticiens sur l'efficacité aux États-Unis d'un contrat de mariage français et réciproquement sur celle d'un *prenuptial agreement* en France, en vue d'assurer la meilleure sécurité aux parties.

La meilleure protection du patrimoine des époux, y compris celui de sociétés, est généralement de conclure un « contrat de mariage » ou un « *prenuptial agreement* », si l'on se place déjà dans une logique anglo-saxonne ou américaine¹.

L'objet de cet article est d'apporter quelques réflexions sur l'apparition dans notre paysage juri-



L'AUTEUR

Delphine ESKENAZI
Avocat aux barreaux
de Paris et New York,
associée, Libra Avocats

dique de contrats pré-nuptiaux de type américain, ou *prenuptial agreements*.

Cette notion de *prenuptial agreement* englobe tout instrument juridique, signé avant le mariage, et ayant pour objet de prévoir non seulement le sort des biens des époux en cas de divorce mais également, parfois, les sommes pouvant être allouées au titre des obligations alimentaires entre époux en cas de séparation ou de divorce (plus connu sous le terme de « prestation compensatoire » en droit français, ou *maintenance* ou *alimony* en droit américain).

Ces *prenuptial agreements* visent en effet en général à protéger les biens des époux et à anticiper leur répartition en cas de séparation du couple. Souvent, ils permettent également aux époux de se prémunir contre les effets pervers de l'internationalisation du contentieux du divorce (on pense ici à ce qui est désigné sous l'expression de *forum shopping*) en intégrant des clauses relatives aux

(1) Les États-Unis étant un État fédéral, les règles gouvernant la validité des *prenuptial agreement* sont des règles étatiques, qui sont susceptibles de varier d'un État à un autre. La présente contribution se concentre donc essentiellement sur les règles de l'État de New York, étant précisé que dans de nombreux autres États, les règles sont susceptibles d'être similaires. On relèvera par ailleurs qu'un texte intitulé le *Uniform Premarital Agreement Act*, qui fixe des règles harmonisées en matière de *prenuptial agreements*, a été adopté et intégré de façon législative dans 27 États à ce jour (ce texte a notamment été adopté en Californie mais il n'est pas applicable dans l'État de New York).



L'essentiel

- La validité aux États-Unis d'un contrat de mariage étranger sera appréciée selon la loi désignée par le contrat et à défaut selon la loi désignée par un faisceau d'indices.
- Pour être valide selon la loi américaine, le contrat de mariage étranger doit répondre à des conditions de forme et prévoir l'information des parties sur leurs patrimoines respectifs.
- En présence d'un *prenuptial agreement*, il convient pour le praticien français de rechercher si son contenu relève du régime matrimonial ou des obligations alimentaires.
- La question de la validité en France des clauses fixant par avance le montant des sommes versées en cas de divorce figurant dans un *prenuptial agreement* n'est pas tranchée en droit français.

compensations financières et alimentaires en cas de séparation ou de divorce.

L'efficacité internationale des *prenuptial agreements* suppose également que ces contrats puissent être reconnus non seulement en France, mais également dans les pays anglo-saxons, comme les États-Unis notamment, ce qui suppose le respect de certaines exigences juridiques, totalement inexistantes en droit français. En ce sens, ils peuvent parfaitement prendre la forme d'un contrat français de séparation de biens, pour lequel certaines règles de forme et de fond auraient été prises en compte afin d'assurer une reconnaissance en dehors de la France.

Rappelons en effet que le contrat de mariage « classique » en droit français est un acte juridique effectué préalablement au mariage, par lequel les futurs époux choisissent leur régime matrimonial et en établissent les règles de fonctionnement. Un tel contrat, passé devant notaire à moindre coût, permettra dans la majorité des cas de satisfaire les exigences des époux, dès lors qu'il aura pour vocation à s'appliquer dans un contexte restreint de droit interne.

La difficulté surgit néanmoins lorsqu'un élément d'extranéité entre dans l'équation. Par exemple, les époux français peuvent décider d'aller vivre aux États-Unis. Or, en cas de procédure de divorce, les époux sont souvent très surpris d'apprendre que le contrat qu'ils avaient signé au moment du mariage en France et sur lequel ils s'étaient fondés pour organiser les aspects patrimoniaux de leur mariage (par exemple en ayant des comptes bancaires séparés) ne sera pas nécessairement considéré comme valable aux États-Unis.

On se propose ainsi d'aborder quelques points techniques essentiels à l'élaboration de ces *pre-*

nuptial agreements, sans prétendre évidemment dans le cadre de cet article à l'exhaustivité.

I. Le choix du lieu de réalisation du contrat

Il est important tout d'abord de bien choisir le lieu de réalisation du contrat pour augmenter ses chances d'efficacité. Ce choix va se fonder sur différents critères tels que le lieu de résidence des époux au moment de la signature du contrat de mariage, leur nationalité ou encore le lieu probable de leur résidence dans le futur (ces critères permettant d'anticiper quelle serait la juridiction compétente dans le cas d'une éventuelle procédure de divorce...).

Si les liens de rattachement avec la France, par exemple, sont plus étroits, on recommande ainsi aux époux de rédiger leur contrat en France.



En pratique

Il est important de préciser qu'il faut éviter deux *instrumenta* distincts (l'un en France, l'autre aux États-Unis), le risque étant que le contrat rédigé postérieurement ne vienne affecter la validité du premier.

Aussi, on peut dire que le choix opéré par les époux sur le lieu de réalisation du contrat ne repose à ce stade en réalité que sur une probabilité, car si grâce au règlement *Rome III*², les futurs époux peuvent désormais choisir le droit applicable à leur divorce, en droit français, ils ne peuvent néanmoins fixer par avance le lieu de leur divorce et donc la juridiction qui aura à en connaître et surtout à connaître de l'exécution du contrat de mariage.

L'optique est tout autre en droit américain puisqu'en général, les clauses attributives de compétence, sous réserve que d'autres conditions de fond aient été respectées, comme cela sera explicité ci-après, seront généralement appliquées par les tribunaux américains.

(2) Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.

II. La possible reconnaissance aux États-Unis d'un contrat de mariage français

La position de principe des tribunaux américains est généralement d'admettre la validité de contrats de mariage étrangers, mais cette validité suppose de prendre en compte certains éléments pour augmenter les chances qu'un contrat français soit reconnu et appliqué à New York et dans la plupart des États américains.

A. Existence ou non d'une clause de loi applicable

Le point de départ de l'analyse des tribunaux américains sera de déterminer si le contrat de mariage étranger contient une clause de loi applicable. Le cas échéant, c'est cette loi étrangère désignée par le contrat qui sera appliquée pour déterminer la validité du contrat.

La question se pose donc en premier de lieu de savoir ce qu'il faut entendre par une clause de loi applicable et quelles seraient les conditions formelles de validité d'une telle clause³.

Ainsi, dans une décision du 6 avril 2010, un tribunal de New York, saisi sur la validité d'un contrat de mariage hollandais, a fait référence aux dispositions de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux et il a considéré que, pour qu'une clause de loi applicable soit reconnue, il suffit que le contrat soit signé par les parties, écrit, et qu'il respecte les exigences de forme du pays dans lequel il a été signé⁴.

Dans cette décision cependant, le contrat contenait une clause prévoyant de façon expresse l'application du droit hollandais au contrat et plus spécifiquement, au régime matrimonial choisi par les époux.

Si les exigences de forme d'une telle clause de loi applicable sont similaires à celles qui existeraient en droit français, les tribunaux américains ont, dans d'autres décisions, souvent considéré que le simple fait de faire référence, dans le corps du contrat, à des dispositions de fond d'un droit

(3) Au-delà de ces exigences formelles, il faut que la loi choisie ait un lien raisonnable avec les parties et le mariage, ce qui sera le cas par exemple si les parties choisissent leur loi nationale ou la loi de leur lieu de résidence. La question de la validité d'une clause de loi applicable en faveur de la loi d'un État américain ou d'un État étranger, en l'absence de tout lien avec cet État, risquerait cependant de se poser.

(4) Supreme Court, Kings County, New York, *Crowther v. Crowther*, n° 55185/08, 6 avr. 2010.

étranger, ne suffit pas à constituer une clause de loi applicable. Ainsi, le simple fait de faire référence dans un contrat de mariage français aux articles 1536 et suivants du Code civil ne constituerait pas une clause suffisamment claire de désignation de loi applicable en faveur du droit français.

Afin de déterminer la loi applicable au contrat, les tribunaux américains appliquent ensuite généralement une méthode de faisceau d'indices, dite méthode du *grouping of contacts*, en faisant ainsi référence à de nombreux indices, comme le lieu de domicile des fiancés, le lieu de signature, le lieu de localisation des actifs, etc.

Ainsi, il y aurait une différence significative entre un couple français qui, au cours du mariage, s'expatrie aux États-Unis, et des couples binationaux, où le seul lien avec la France est le lieu de célébration du mariage, et la nationalité de l'un des époux.

B. Exigences en l'absence d'une clause de loi applicable

Si la méthode du faisceau d'indices conduit à l'application du droit américain, cela signifie que certaines exigences devront être respectées pour que le contrat de mariage français soit pris en compte par les tribunaux américains au moment du divorce.

Une exigence formelle très importante qui existe dans l'État de New York⁵ est ainsi le fait que le contrat soit signé avec le formalisme qui serait nécessaire pour enregistrer un acte translatif de propriété immobilière (formalité connue sous le terme de *Acknowledgment*). En France, les contrats de mariage ayant une forme authentique, cette condition sera généralement remplie. En pratique, il pourra être nécessaire d'obtenir, dans le cadre de la procédure de divorce, l'apostille et une attestation de conformité (*certificate of conformity*) qui doit être faite par un avocat résident dans le pays étranger en cause, mais admis au Barreau de New York et portant sur le respect par le contrat de ces exigences de forme⁶.

(5) Cette exigence n'existe pas dans le *Uniform Premarital Agreement Act* et il suffit que le contrat soit rédigé par écrit et signé par les parties.

(6) Il a ainsi pu arriver qu'un contrat de mariage français a été déclaré inapplicable à New York pour cette seule raison de non-respect de cette exigence d'*Acknowledgment* : Supreme Court of the State of New York, New York County, *Mme O. R. c/ M. O. G.-H.*, 28 juin 2002. Cette décision a eu des suites judiciaires en France, puisque le tribunal de grande instance de Paris, dans une décision du 26 novembre 2008, a ensuite refusé l'exequatur en France de ce jugement, au motif que le partage des biens des époux en application du droit américain, et sans prendre en compte le contrat de mariage français, était contraire

La question se pose de savoir ce qu'il faut entendre par une clause de loi applicable...

Surtout, si la signature du contrat de mariage français est envisagée devant le service notarial du consulat de France à New York ou dans d'autres États américains, il est impératif dans ce cas de respecter strictement les conditions de forme new-yorkaise de l'*Acknowledgment*, en faisant signer le contrat notamment devant un *Public Notary*, avec les mentions formelles habituelles en droit américain. Il a en effet été considéré que la signature au consulat ne constitue pas une signature à l'étranger et il faut donc respecter strictement les exigences de forme locales. À défaut, le contrat sera considéré comme non applicable devant les tribunaux américains⁷.

Au-delà de cette exigence formelle, il existe des conditions de fond importantes pour que le contrat soit pris en compte : il faut que le contrat soit juste et raisonnable pour les deux parties (*fairness* et absence de *unconscionability*). En pratique, ces exigences signifient que chaque époux doit avoir reçu des conseils de la part d'avocats indépendants (*independent advice*) et avoir été informé(e) sur les éléments de patrimoine de l'autre (existence d'une *financial disclosure*).

On constatera que cette exigence d'*independence advice*, aux antipodes du système traditionnel français caractérisé par la simple présence d'un notaire commun aux deux époux censé conseiller de façon indépendante les deux parties, est fondamentale.

Par ailleurs, l'exigence de *financial disclosure* signifie en principe que le contrat doit inclure une présentation détaillée du patrimoine respectif des parties et de leurs revenus. Le plus souvent, elle devra être jointe en annexe dans le contrat lui-même. L'on fera là encore observer qu'on est bien loin de ce qui se pratique traditionnellement en France par les notaires face à des futurs époux souvent réticents à discuter de questions d'argent, surtout avant le mariage...



En pratique

Dans une perspective de future reconnaissance du contrat aux États-Unis, il sera conseillé de

à l'ordre public français : v. B. Ancel, « Du refus d'ordonner l'exequatur d'un jugement de divorce américain qui opère un partage de biens contraire au contrat de mariage » : Rev. crit. DIP 2009, p. 310.

(7) Supreme Court of the State of New York, *J. R. c/ E. M.*, 21 juill. 2014 (prononçant la non-application d'un contrat de mariage espagnol signé devant le consulat d'Espagne à New York, exerçant les fonctions notariales).

préciser que les futurs époux ont été informés du patrimoine respectif de l'autre, ou au minimum, qu'ils renoncent expressément à recevoir une telle information sur ce patrimoine.

Ces exigences se retrouvent pourtant aujourd'hui dans les différents textes européens et notamment l'article 8 du protocole de La Haye de 2007, sur la désignation de la loi applicable aux obligations alimentaires⁸, qui précise que les parties doivent être « pleinement informées et conscientes des conséquences de leur choix (...) ».

Le règlement *Rome III* précité subordonne également la validité de ces accords au « choix éclairé des deux conjoints », notamment sur « les conséquences juridiques et sociales du choix de la loi applicable » (considérant n° 18).

Le respect de ces exigences constitue donc aujourd'hui une condition importante de validité d'un contrat de mariage français, non seulement dans une perspective américaine, mais également en droit interne, si ce contrat contient des clauses de loi applicable en matière d'obligations alimentaires ou de divorce.

III. La possible reconnaissance en France d'un prenuptial agreement américain

A. Partage des biens des époux en cas de divorce et régime matrimonial

Il faut maintenant évoquer l'application des *prenuptial agreements* américains en France, ce qui n'est pas non plus sans soulever des difficultés quant aux problèmes de qualification.

La principale difficulté ici réside dans le fait que le système américain, s'il connaît par défaut des règles pour le partage de biens des époux, en l'absence de contrat de mariage signé par les époux, comme par exemple le système de *equitable distribution* à New York, les règles ne sont pas toujours aussi claires selon les États. Saisie d'une question d'exécution d'un *prenuptial agreement*, la première question sur laquelle une juridiction française devra statuer est celle de la qualification des dispositions en cause, afin de comprendre si les règles doivent être considérées comme relevant du régime matrimonial des époux ou d'un choix de la loi applicable pour les obligations alimentaires.

(8) Le protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires est entré en vigueur en France le 18 juin 2011.

En effet, les *prenuptial agreements* américains ne contiennent en général aucune distinction claire et se contentent de fixer certaines règles sur le sort des biens des époux pendant le mariage, en écartant généralement l'application du système applicable par défaut, comme par exemple pour New York, les règles portant sur l'*equitable distribution*.

Si la qualification est opérée *lege fori*, sur ces questions, le juge français devra ici faire référence aux définitions telles qu'issues des textes européens et de la jurisprudence européenne y afférente.

On rappellera que la notion de régime matrimonial peut se définir (par référence à la définition contenue à l'article 3 de la proposition européenne de règlement sur les régimes matrimoniaux du 10 décembre 2013) comme « l'ensemble des règles relatives aux rapports patrimoniaux des époux entre eux et à l'égard des tiers ».

Cette définition étant assez large, il peut être extrêmement complexe de distinguer entre les rapports patrimoniaux résultant du divorce ou de sa dissolution et la notion d'obligations alimentaires. Dans son arrêt *Van den Boogaard*⁹, la Cour de justice de l'Union européenne avait cependant apporté quelques précisions sur ces différentes catégories, en retenant que s'il ressort qu'une prestation est destinée à assurer l'entretien d'un époux dans le besoin ou si le besoin et les ressources de chacun des époux sont pris en considération pour déterminer son montant, la décision a trait à une obligation alimentaire. En revanche, lorsque la prestation vise uniquement à la répartition des biens entre les époux, la décision concerne les régimes matrimoniaux (attendus nos 21 et 22).

C'est donc en prenant en compte cette ligne directrice, et en l'absence de jurisprudence plus récente sur ces questions, qu'il conviendra de faire une distinction dans les *prenuptial agreements*.

On recommande donc avec insistance aux époux de préciser en amont ce qui relève, dans le contrat, du régime matrimonial ou des obligations alimentaires.

Pour les règles relatives au choix du régime matrimonial, il est recommandé d'indiquer expressément, et ce même si les États-Unis ne sont parties à cette convention, que le choix du droit d'un État américain pour régir les rapports patrimoniaux des époux est fait conformément aux dispositions de la convention de La Haye de 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux¹⁰.

(9) CJUE, 27 févr. 1997, n° C-220/95, *Van den Boogaard*.

(10) Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.

À l'inverse, s'agissant des dispositions ayant vocation à s'appliquer en cas de divorce et fixant par avance, par exemple, le montant de la *maintenance* ou *alimony* (qui pourraient être considérés comme des équivalents de la prestation compensatoire ou de la pension au titre du devoir de secours), il est recommandé d'insister le cas échéant sur la notion de besoin ou de ressources des époux, afin que les juridictions françaises comprennent éventuellement que ces dispositions relèvent des « obligations alimentaires ».

B. La possibilité de fixer par avance le montant de la prestation compensatoire ?

En droit américain, il est usuel de prévoir dans les *prenuptial agreements* des dispositions sur le montant de la pension alimentaire à verser en cas de divorce. Sous réserve du respect des conditions de forme et de fond décrites ci-avant, ces dispositions sont admises et licites en droit américain.

La question qui se pose est de savoir dans quelle mesure ces dispositions seront appliquées par les juridictions françaises saisies d'une procédure de divorce.

En principe, de telles dispositions seraient aujourd'hui licites en droit français, si les parties, en application du protocole de La Haye susvisé, font une éléction de loi applicable pour les obligations alimentaires en faveur d'une loi étrangère et si cette loi étrangère permet ce type de disposition.

C'est le sens du nouveau texte européen, même s'il ressort de la jurisprudence actuelle des juges du fond et également de la Cour de cassation, qu'il existe une certaine réticence pour appliquer ce type de clause.

Cette réticence est certaine lorsque les époux ont prévu une renonciation totale à une prestation compensatoire ou autre forme de pensions alimentaire. La Cour de cassation¹¹ – et le tribunal de grande instance de Paris en avait fait de même –, considère ainsi qu'« il incombait à la cour de rechercher, de manière concrète, si les effets de la loi allemande n'étaient pas manifestement contraires à l'ordre public international français ».

(11) Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2015, n° 14-17880 : *Defrénois flash* 27 juill. 2015, p. 6, n° 12915 ; A. Boiché, « Clause d'éléction de loi applicable, protocole de La Haye, prestation compensatoire, ordre public : les confusions de la Cour de cassation » : *AJ famille* 2015, p. 492 – *TGI Paris* 18 mars 2013, n° 13/33889 : D. Eskenazi, « Qui dit contractuel, dit juste ? Entre la validation d'une clause d'éléction de for et de loi applicable et le contrôle d'une renonciation des époux à une compensation financière » : *AJ famille* 2013, p. 376.

On recommande aux époux de préciser ce qui relève, dans le contrat, du régime matrimonial ou des obligations alimentaires

Une telle recherche n'est pourtant pas prévue par le protocole de La Haye, puisque celui-ci précise simplement :

« 4. Nonobstant la loi désignée par les parties en vertu du paragraphe premier, la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier, au moment de la désignation, détermine si le créancier peut renoncer à son droit à des aliments.

5. À moins que les parties n'aient été pleinement informées et conscientes des conséquences de leur choix au moment de la désignation, la loi désignée ne s'applique pas lorsque son application entraînerait des conséquences manifestement inéquitables ou déraisonnables pour l'une ou l'autre des parties ».

Si les conditions susvisées de consentement libre, éclairé et informé sont présentes, le protocole envisage donc la possibilité que le choix de loi applicable conduise à des conséquences inéquitables ou déraisonnable pour l'une ou l'autre des parties. Ce contrôle « de façon concrète », au regard de l'ordre public du for saisi, n'est donc pas envisagé par le protocole.

Il est vrai que pour le moment, les tribunaux français n'ont eu à se prononcer que dans des hypothèses de renonciation totale des époux. La question reste ouverte de savoir si l'appréciation aurait été la même si cela avait été non une renonciation, mais un montant déterminé en avance.

La question de la validité de ces clauses des *pre-nuptial agreements*, qui prévoient par avance les montants versés en cas de divorce, n'est donc pas entièrement tranchée en droit français aujourd'hui, et il appartient donc aux conseils saisis de cette question par les futurs époux, de les informer de cette incertitude actuelle.

En conclusion. Si le contrat de mariage ou les *prenuptial agreements* constituent aujourd'hui des outils utiles de planification pour de futurs époux, l'efficacité pleine des dispositions de ces accords des deux côtés de l'Atlantique n'est pas encore complètement acquise. Il reste toujours des points d'incertitude, mais qui resteront cependant nettement moins importants qu'en l'absence de tout contrat...