

# DROIT DE LA FAMILLE

COUPLE - ENFANT - PATRIMOINE

N° 6 - JUIN 2015

20<sup>e</sup> ANNÉE - ISSN 1270-9824

*Notamment ce mois-ci :*

## > REPÈRE

**6 La maternité vue à travers la presse**

par Claire NEIRINCK (p. 1)

## >> COMMENTAIRES

**114 Divorce pour altération définitive du lien conjugal**

Le divorce pour altération définitive du lien conjugal, un divorce imposé... et puis c'est tout !

par Jean-René BINET (p. 21)

**124 Régime de communauté légale**

Qualification des biens et récompenses

par Bernard BEIGNIER (p. 26)

**128 Testament**

Prescription de l'action en délivrance d'un legs

par Marc NICOD (p. 27)

**130 Mainlevée d'une mesure de protection**

Important avis de la Cour de cassation sur l'office des juges

par Ingrid MARIA (p. 29)

SOUS LA DIRECTION DE :

Bernard BEIGNIER  
Jean-René BINET  
Claire NEIRINCK  
Marc NICOD

Repère 6

Alertes 44 à 503

Dossiers 28 à 32

Commentaires 114 à 139

## Régimes matrimoniaux

### Les *preuptial agreement* et les contrats de mariage : perspective franco-anglaise

Louis PERREAU-SAUSSINE, agrégé des facultés de droit, professeur à l'université Paris-Dauphine (p. 7)

Mêlant enjeux pratiques et théoriques d'une part, considérations de droit comparé et de droit international privé d'autre part, le présent dossier, issu d'une conférence donnée, le 6 mars 2015, à la Maison du Barreau à Paris croise les points de vue de quatre professions du Droit sur un sujet qui présente encore, pour le juriste français, de nombreuses zones d'ombre :

« *Les preuptial agreement et les contrats de mariage : perspective franco-anglaise* ».

Intervenants :

- Rémi CANALÈS, notaire à Paris, étude Canalès & Egasse
- Delphine ESKENAZI, avocat aux barreaux de Paris et de New-York, Libra Avocats
- William HEALING, solicitor associé, spécialiste en droit international de la famille, Kingsley Napley, Londres
- Louis PERREAU-SAUSSINE, agrégé des facultés de droit, professeur à l'université Paris-Dauphine

## 30 Les *prenuptial agreement* et les contrats de mariage : perspective franco-anglaise. Point de vue de l'avocat français



**Delphine ESKENAZI,**  
avocat aux barreaux de Paris et de New-York,  
Libra Avocats

1 - L'objet de cette contribution est d'apporter, dans une perspective française, quelques réflexions sur l'apparition dans notre paysage juridique de contrats pré-nuptiaux de type anglo-saxons ou « *prenuptial agreements* ».

Cette notion 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.

2 - Ces « *prenuptial agreements* » visent en effet en général à protéger les biens des époux et à anticiper comment ils seront répartis 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 permettant aux époux d'intégrer des clauses relatives aux compensations financières et alimentaires de la séparation.

Cette notion de « *prenuptial agreement* » suppose également implicitement l'idée que ces contrats sont signés pour être reconnus non seulement en France, mais également dans les pays anglo-saxons, comme l'Angleterre notamment, ce qui suppose le respect de certaines exigences juridiques, totalement inexistantes en droit français. En ce sens, il peut parfaitement constituer, dans son contenu, un contrat français de séparation de biens, pour lequel certaines règles de forme et de fond auront été prises en compte afin d'assurer une reconnaissance en dehors de la France.

Pour aborder ces contrats, le point de vue retenu ici sera chronologique : après avoir envisagé la phase de négociation entre les époux (1), seront abordées les questions d'efficacité et de reconnaissance de ces contrats (2).

### 1. En amont, négociations et relations avec les parties

3 - Comment choisir, dans un contexte franco-anglais, entre contrat de mariage français et *prenuptial agreement* ? La réponse à une telle question suppose d'abord d'expliquer en quoi le contrat de mariage français classique présente des insuffisances dans les relations franco-anglaise (A) avant de s'interroger sur les caractéristiques que doivent remplir un contrat entre époux pour pouvoir produire effet en Angleterre (B).

#### A. - L'insuffisance du contrat de mariage notarié classique en cas d'application en dehors des juridictions françaises

4 - 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, pouvant être passé devant notaire à moindre coût (souvent de l'ordre de 300 €), 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 « franco-français ».

La difficulté surgit néanmoins lorsqu'un élément d'extranéité entre dans l'équation. Par exemple, les époux français peuvent décider d'aller vivre en Angleterre. Or, en cas de procédure de divorce, l'époux sera 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 matériellement les aspects financiers et matériels de la vie commune (par exemple en ayant des comptes bancaires séparés) n'a qu'une portée limitée voire inexistante en Angleterre.

5 - L'idée de ces « *prenuptial agreement* » est donc d'assurer aux époux une prévisibilité le cas échéant de leur divorce, en signant un document qui pourra être reconnu et appliqué même en cas d'expatriation hors de la France.

Ainsi, et surtout lorsque le ou les parties sont françaises, la préparation d'un contrat de mariage dans un contexte franco-anglais suppose au départ un travail pédagogique important pour expliciter la complexité de la question, travail d'autant plus difficile à faire que ce n'est pas dans la culture juridique française de négocier ce type de documents.

6 - Pourtant, sans tomber dans les excès de la pratique américaine, il est dommage pour des fiancés fortunés de se priver d'un tel outil de planification, dans un contexte juridique où il existe des instruments juridiques permettant d'assurer une certaine prévisibilité.

On recommande ainsi aux couples ayant un projet d'expatriation de recourir à ce type de contrat, quels que soient leurs actifs. Mais il est vrai qu'en pratique ce sont des procédures coûteuses qui ne s'adressent donc qu'à une clientèle aisée (comme on le verra, il faut en effet compter sur la présence de deux conseils indépendants pour chaque partie).

#### B. - La nécessité d'aboutir à un contrat équilibré

7 - Une seconde observation peut être faite sous l'angle du « relationnel » : la négociation d'un « *prenuptial agreement* » doit tendre à un équilibre entre les parties.

Cet aspect est fondamental dans la mesure où il conditionne la validité même du contrat. En effet, un contrat n'aura de chance de prospérer devant un juge que s'il reflète de façon équilibrée les attentes respectives des parties.

8 - Prenons un exemple simple. Si les époux décident d'opter pour un contrat de séparation de biens, l'un d'eux peut estimer préférable qu'en cas de divorce, seules les juridictions françaises soient compétentes pour connaître des questions relatives aux obligations alimentaires<sup>1</sup>. Cependant, en vue de rassurer la partie la moins fortunée et de ne pas la léser, le montant dû par l'époux au titre de la prestation compensatoire pourra être fixée par avance (si les éléments de rattachement permettent d'élire comme loi applicable aux obligations alimentaires une loi étrangère, comme la loi de l'État de New York par exemple, permettant ce type de clause).

9 - On est donc ici bien loin du rapport de force habituel traditionnel d'un « *business deal* » dont l'objectif serait de protéger une partie au détriment de l'autre. Bien au contraire, plus le contrat tend à exprimer un équilibre entre les futurs époux, plus il aura de chance d'être pris en compte par le juge et de ne pas être écarté.

C'est d'ailleurs ce qui ressort des textes eux mêmes qui reconnaissent la validité de ces clauses en envisageant néanmoins les cas où il y aurait des « *conséquences manifestement inéquitables ou déraisonnables pour l'une ou l'autre des parties* »<sup>2</sup>.

La concertation doit donc être menée de façon intelligente et équilibrée au risque de voir réapparaître un contentieux. Les instruments européens de droit international privé tendent d'ailleurs aujourd'hui à faciliter la recherche de cet équilibre.

## 2. En aval, exécution et reconnaissance réciproque du contrat

10 - On se propose ainsi d'aborder quelques points techniques essentiels à l'élaboration de ces « *prenuptial agreement* », sans prétendre pour autant à l'exhaustivité.

### A. - Le choix du lieu de réalisation du contrat

11 - Il est important de bien choisir le lieu de réalisation du contrat pour maximiser ses chances d'efficacité. Ce choix va se fonder sur différents critères tels que le lieu de résidence des époux au moment 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.

12 - Mais ce qui est important de préciser c'est qu'il ne faut pas faire deux *instrumenta* distincts (l'un en France, l'autre en Angleterre), le risque étant que le contrat rédigé postérieurement ne vienne concurrencer 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 du 20 décembre 2010, les futurs époux peuvent désormais choisir le droit étranger applicable à leur divorce, ils ne peuvent néan-

moins fixer par avance le lieu de leur divorce et donc la juridiction qui aura à en connaître et surtout à connaître de l'exécution de ce « *prenuptial agreement* ».

### B. - L'objectif d'une reconnaissance réciproque du contrat de mariage

13 - La reconnaissance répond à des critères et des conditions différentes selon qu'il s'agit de reconnaître un contrat de mariage français en Angleterre (1°) ou de reconnaître un *prenuptial agreement* anglais en France (2°).

#### 1° Reconnaissance en Angleterre d'un contrat de mariage passé en France

14 - On envisagera en premier lieu la question de la reconnaissance de ces contrats devant les juridictions anglaises car si ces accords peuvent influencer les juges anglais, ces derniers ne sont néanmoins pas tenus de les appliquer de façon stricte.

En effet, dans un souci d'assurer une indépendance économique des époux suite à la dissolution du mariage, le système anglais, plus égalitariste à cet égard, accorde aux juges la faculté d'écarter ou de modifier un accord, même librement consenti par les parties. Cependant, depuis l'arrêt *Radmacher c/ Granatino*<sup>3</sup>, les juges, dans certaines circonstances, sont désormais tenus de leur donner un certain poids lorsqu'ils statuent sur les conséquences financières d'un divorce.

15 - Néanmoins, il est essentiel de respecter certaines exigences *a minima* pour assurer à un contrat de mariage conclu en France d'être reconnu, ou à tout le moins pris en compte, devant les juridictions anglaises.

Deux conditions sont essentielles.

D'une part, chaque partie doit être assistée par son propre avocat, afin d'être pleinement informée sur les conséquences du ou des choix faits. Cette exigence de « *independance advice* », aux antipodes du système traditionnel français caractérisé par la simple présence d'un notaire commun aux deux époux, censé conseiller de façon identique les deux parties, est fondamentale, et se retrouve d'ailleurs dans les différents textes européens<sup>4</sup>.

D'autre part, le contrat doit inclure une présentation détaillée du patrimoine respectif des parties et de leurs revenus, exigence connue sous le terme de « *financial disclosure* ». 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 des questions d'argent, surtout avant le mariage...

Cela étant, quand bien même ces exigences seraient-elles respectées, le juge anglais conservera un large pouvoir d'appréciation lorsqu'il statuera sur les conséquences financières du divorce entre les époux.

#### 2° Reconnaissance en France d'un « *prenuptial agreement* » anglais

16 - En second lieu, il faut évoquer l'application des « *prenuptial agreement* » en France qui n'est pas non plus sans soulever des difficultés, en particulier de qualification.

1. Conformément aux dispositions prévues par le règlement européen (CE) n° 4/2009 sur les obligations alimentaires, étant précisé qu'il n'est pas possible aujourd'hui de prévoir par avance la juridiction compétente pour connaître d'une procédure de divorce.

2. V. notamment *Prot. La Haye, 23 nov. 2007, art. 8*, sur la désignation de la loi applicable aux obligations alimentaires (protocole entré en vigueur le 18 juin 2011).

3. *Radmacher c/ Granatino* (2009) EWCA Civ 649 (2010) UKSC 42.

4. V. *Prot. La Haye, 23 nov. 2007, art. 8*, sur la désignation de la loi applicable 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* » (Cons. UE, règl. (CE) n° 1259/2010, dit Rome III, consid. 18).

La principale difficulté réside ici dans le fait que le système anglais ne connaît pas le concept de régime matrimonial. Pourtant, saisie d'une question d'exécution d'un « *prenuptial agreement* », la première question à laquelle une juridiction française devra statuer est celle de la qualification des dispositions en cause, afin de comprendre si les règles en cause doivent être considérées comme relevant du régime matrimonial des époux ou d'un choix de la loi applicable pour les obligations alimentaires.

En effet, les « *prenuptial agreements* » anglais ne contiennent en général aucune distinction claire, et se contentent de fixer certaines règles sur le sort des biens des époux pendant le mariage et également en cas de divorce, en prévoyant par exemple que cette répartition sera variable en fonction de la durée du mariage ou du nombre d'enfants du couple.

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 afférent.

17 - 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) 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*<sup>5</sup>, la Cour de justice de

l'Union européenne avait cependant permis d'apporter 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 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 l'Angleterre n'est pas partie à cette convention, que le choix du droit anglais 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 matrimoniaux.

18 - À l'inverse, s'agissant des dispositions ayant vocation à s'appliquer en cas de divorce et fixant à l'avance par exemple le montant de la « maintenance » (équivalent de la prestation compensatoire), il est recommandé d'insister le cas échéant sur la notion de besoin ou de ressources des époux, afin que le juge français comprenne que ces dispositions relèvent des « obligations alimentaires ». ■

5. CJUE, 27 févr. 1997, aff. C-220/95, *Van den Boogaard*.

**Mots-Clés :** Droit comparé franco-anglais - Prenuptial agreement - Contrat de mariage - Rôle de l'avocat