

# SE DIRE « OUI », OU SE DIRE « YES »... COMMENT SE MARIER À L'INTERNATIONAL

SE MARIER DANS UN CONTEXTE INTERNATIONAL AMÈNE À SE POSER DE NOMBREUSES QUESTIONS, TANT SUR LES FORMALITÉS À ENTREPRENDRE POUR QUE LE MARIAGE SOIT RECONNU EN DROIT FRANÇAIS, QUE SUR LE CHOIX DU RÉGIME MATRIMONIAL, QUI POURRA FONCTIONNER TANT EN FRANCE QUE DANS LE PAYS ÉTRANGER OÙ VIVENT LES FUTURS ÉPOUX.



PAR DELPHINE ESKENAZI,  
AVOCATE AUX BARREAUX  
DE PARIS ET DE NEW  
YORK, ASSOCIÉ LIBRA  
AVOCATS

**S**e marier, choisir la personne avec laquelle on passera le reste de sa vie est une décision complexe. Cette complexité s'accroît lorsque l'heureuse dulcinée n'est pas de la même nationalité, ou que le futur couple vit ou sera amené à vivre à l'étranger.

De nombreux couples ignorent en effet qu'en l'absence de contrat de mariage, les règles déterminant la répartition de leurs biens en cas de dissolution du mariage (que ce soit en cas de divorce ou de décès) seront celles du lieu de leur première résidence après le mariage. Cette découverte peut être souvent la source de nombreuses déceptions pour la partie la moins fortunée en cas de séparation. Souvent l'épouse, qui, étant une Française mariée en France, a vécu toute sa vie maritale dans la croyance erronée qu'elle sera protégée par les règles françaises de la communauté.

À l'inverse, d'autres couples croient au contraire qu'ils sont protégés par les dispositions de leur contrat de mariage, en général de séparation de biens, signé en France. Dans ce cas, c'est le plus souvent l'époux qui découvrira au moment de la séparation que ce contrat ne sera pas nécessairement pris en compte dans les pays de *common law* (Angleterre, États-Unis, Canada anglophone, Hong Kong, Singapour, etc.). Et qu'il devra ainsi partager par moitié l'ensemble de son patrimoine, qu'il pensait pourtant protégé par son contrat de séparation de biens.

Cet article a donc pour objet de donner quelques réflexes aux futurs époux pour lesquels le mariage s'inscrira dans un cadre international, qu'il s'agisse de la célébration du mariage (I) ou du choix (ou de l'absence de choix) d'un contrat de mariage (II).

## I - UN MARIAGE VALABLE ET RECONNU EN FRANCE ET À L'ÉTRANGER

Lorsqu'un couple souhaite se marier à l'étranger, deux options sont en général envisageables, à savoir se marier à l'ambassade ou au consulat (A) se trou-

vant dans le pays concerné, ou faire célébrer le mariage par l'officier d'état civil étranger (B).

## A - RECONNAISSANCE À L'ÉTRANGER D'UN MARIAGE CÉLÉBRÉ PAR L'AUTORITÉ DIPLOMATIQUE OU CONSULAIRE

En général, le mariage à l'étranger de deux Français peut être célébré par l'ambassadeur ou le consul du pays étranger dans lequel le couple réside.

Un mariage au consulat ou à l'ambassade permettra de simplifier les démarches pour le couple, qui n'aura ainsi pas besoin de faire transcrire le mariage puisque celui-ci sera automatiquement reconnu. Ce mariage sera en général également reconnu dans le pays étranger, même s'il sera peut-être nécessaire d'accomplir certaines formalités additionnelles pour faire transcrire ou enregistrer ce mariage, selon le pays concerné.

En pratique, cependant, les futurs époux doivent se renseigner en avance auprès de l'ambassade et du consulat du pays concerné, car dans la plupart des pays, cette possibilité n'existe que pour le mariage entre deux Français, et

## Se dire « oui », ou se dire « yes »... Comment se marier à l'international



non lorsqu'il s'agit d'un mariage entre un Français et un étranger (1).

Ainsi, dans les quelques pays où cette possibilité existe, ces mariages ainsi célébrés à l'étranger entre ressortissants français et étrangers par les autorités diplomatiques et consulaires français ne seront souvent pas reconnus par les autorités locales et ne produiront donc d'effet qu'en droit français.

Dans ce cas, et si les époux ne souhaitent pas se marier en France (les futurs époux vivant à l'étranger ont la possibilité de se marier en France avec des conditions de la commune dérogatoire) (2), ils pourront faire célébrer leur mariage par l'autorité étrangère.

#### **B - RECONNAISSANCE EN FRANCE D'UN MARIAGE CÉLÉBRÉ PAR L'AUTORITÉ ÉTRANGÈRE**

Il est également possible pour un Français de se marier à l'étranger devant une autorité étrangère, conformément au principe de reconnaissance de la

souveraineté du pays étranger en cause.

Le mariage, célébré à l'étranger dans le respect des règles de forme locales, sera reconnu, mais ce mariage n'aura d'effet qu'à l'égard des époux et des enfants. Il ne pourra pas être opposable aux tiers. Pour être opposable aux tiers (ce qui inclut les organismes publics et les administrations françaises), le mariage doit être transcrit auprès des registres de l'état civil du consulat de France dans le pays étranger concerné.

Les futurs époux ignorent souvent qu'en pratique, cette transcription sera plus rapide et moins complexe si les formalités sont entreprises en amont, avant le mariage, plutôt que s'ils s'en préoccupent plusieurs années plus tard, par exemple au moment de la naissance d'un enfant pour lequel ils souhaitent transmettre la nationalité française.

Si les formalités sont entreprises avant le mariage, il est souvent nécessaire de

contacter les autorités diplomatiques ou consulaires plusieurs semaines en avance du mariage (en général, au

#### **NOTES**

(1) Un décret du 26 octobre 1939 dresse une liste restrictive des pays pour lesquels il est possible de célébrer le mariage au consulat ou à l'ambassade entre un Français et un étranger : l'Afghanistan, l'Arabie Saoudite, la Chine, l'Égypte, l'Irak, l'Iran, le Japon, le Maroc, le sultanat d'Oman, la Thaïlande, le Yémen. Un second décret du 15 décembre 1958 a ajouté le Cambodge et le Laos. Cette possibilité a été introduite essentiellement dans des pays où le mariage nécessite une conversion religieuse, afin de garantir ainsi la liberté de conscience et de religion des citoyens français.

(2) La résidence est définie par une habitation continue durant le mois qui précède la publication des bans. Elle peut être choisie en vue du mariage, donc de façon temporaire, puis ensuite abandonnée après la publication des bans. Par ailleurs, les officiers d'état civil apprécient généralement de façon assez libérale ce critère de domicile ou résidence.

moins six semaines avant la date prévue pour le mariage), afin d'obtenir le certificat de capacité à mariage. Ce certificat sera délivré après l'accomplissement de la formalité de publication des bans, les bans étant publiés dans la commune de résidence en France du conjoint français ou auprès de l'autorité consulaire du pays étranger. L'audition des futurs époux est également possible, mais en pratique, elle n'est effectuée qu'en cas de suspicion de fraude ou de mariage de complaisance.

Si les formalités sont entreprises après le mariage, il est toujours possible d'obtenir cette transcription. Les délais seront simplement en pratique beaucoup plus longs. Surtout, l'audition des époux sera la norme, même si l'autorité diplomatique ou consulaire a toujours la possibilité de procéder sans audition, si elle estime qu'il n'y a pas de volonté de fraude.

Au moment de cette transcription, les époux ont la possibilité d'indiquer dans l'acte de mariage qu'ils ont signé un contrat de mariage, étant précisé qu'il pourra s'agir d'un contrat de mariage étranger. Dans ce cas, au lieu du certificat remis habituellement par le notaire français, les futurs époux devront simplement remettre un certificat signé par les avocats étrangers ayant préparé le contrat.

Encore faut-il ensuite que le contenu de ce contrat étranger soit reconnu en droit français...

## II - UN CONTRAT DE MARIAGE VALABLE ET RECONNU EN FRANCE ET À L'ÉTRANGER

### A - RÈGLES APPLICABLES EN L'ABSENCE DE CONTRAT DE MARIAGE

En l'absence de contrat de mariage, les époux seront soumis à un régime matrimonial, défini selon certaines règles assez complexes dans un contexte international.

On rappellera que la notion de régime matrimonial peut se définir comme « l'ensemble des règles relatives aux rapports patrimoniaux des époux entre eux et à l'égard des tiers, qui résultent du mariage ou de sa dissolution » (3).



Historiquement, le régime matrimonial légal relève de la loi d'autonomie, c'est-à-dire de la loi que les époux ont implicitement choisie. L'origine de cette règle remonte à la célèbre consultation donnée par Charles Dumoulin, avocat au Parlement de Paris, aux époux de Ganay, en 1525. C'est à cette occasion qu'il analysa le régime matrimonial légal comme une sorte de contrat tacite soumis, de ce fait, à la loi choisie par les parties. En choisissant leur domicile, les époux de Ganay ont été considérés comme ayant exprimé leur volonté de se soumettre à la coutume de leur domicile (4).

Cette règle de conflit fondée sur l'autonomie de la volonté est toujours d'actualité pour les époux mariés avant le 1<sup>er</sup> septembre 1992. Elle suppose, en l'absence de contrat de mariage et de désignation expresse de la loi applicable, la recherche par le juge de la volonté des époux. À cet égard, le premier domicile conjugal joue un rôle prépondérant. Il fonde en effet une présomption de volonté de rattachement du régime matrimonial à la loi du pays où les époux ont établi leur première résidence après le mariage. Cette solution a été maintes fois réaffirmée en jurisprudence.

Pour les époux mariés après le 1<sup>er</sup> septembre 1992, le principe est que la loi applicable en l'absence de contrat de mariage est la loi de l'État sur le territoire duquel les époux établissent leur première résidence habituelle après le mariage. Il s'agit ici de l'application de l'article 4 de la Convention de La Haye

de 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux (5).

La compétence de la loi interne de la première résidence habituelle des époux après le mariage reprend ainsi le système du droit international privé français qui applique le critère du premier domicile matrimonial au titre de l'indice principal de la volonté implicite des époux. Mais le principe de la compétence de la loi de la première résidence habituelle des époux retenue par la Convention ne souffre pas d'interprétation (6). Il s'agit de la première résidence habituelle des époux et il n'y a pas lieu de rechercher s'il y a une durée minimale prévue pour déterminer cette résidence habituelle commune des époux.

Cette loi déterminée, le régime matrimonial des époux sera, une nouvelle fois, le régime matrimonial légal de ce pays (ex. : communauté d'acquêts en France).

Plusieurs exceptions sont prévues par la Convention. Certaines exceptions ont en commun de désigner la loi nationale commune des époux comme loi applicable aux époux, au lieu et place de la loi du lieu de résidence habituelle. La loi nationale commune des époux sera ainsi applicable :

### NOTES

(3) Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, COM(2016) 106 final 2016/0059, art. 31 (1) (a). La Cour de justice des Communautés européennes avait déjà eu l'occasion de préciser que la notion de régime matrimonial comprenait tous les rapports patrimoniaux résultant directement du lien conjugal, CJCE, 27 mars 1979, aff. 143/78, De Cavel, JDI 1979, p. 681.

(4) M. Revillard, J.-Cl. Droit international, V<sup>o</sup> Régimes matrimoniaux et droit international privé français, Fasc. 536.

(5) Cette convention ne concerne que les relations patrimoniales entre époux, à l'exclusion des obligations alimentaires, des droits successoraux du conjoint survivant et de la capacité des époux. Sont bien entendu exclues toutes les questions relatives aux relations personnelles entre époux.

(6) M. Revillard, Régimes matrimoniaux et droit international privé français, Jurisclasseur Droit international, fasc. 536, n<sup>o</sup> 55.

## Se dire « oui », ou se dire « yes »... Comment se marier à l'international

– en l'absence de résidence habituelle des époux sur le territoire d'un même État après leur mariage;

– lorsque les époux sont tous deux de nationalité néerlandaise (sauf si ces derniers résident en France ou au Luxembourg depuis cinq ans, qu'ils s'y marient et continuent d'y résider. Dans ce cas, ils seront soumis à la loi française ou luxembourgeoise);

– lorsque les époux ont tous deux la nationalité de certains pays et établissent leur première résidence habituelle dans un État autre que le pays de leur nationalité commune (7). Selon la Convention, la loi de la nationalité commune des époux est en effet applicable lorsque cet État : « *n'est pas partie à la convention, que sa loi interne est applicable selon son droit international privé et que les époux établissent leur première résidence habituelle après le mariage : a) dans un État ayant fait la déclaration prévue à l'article 5, ou b) dans un État qui n'est pas partie à la Convention et dont le droit international privé prescrit également l'application de leur loi nationale* » (art. 4, al. 2, 2.).

En l'absence de nationalité commune, et de résidence habituelle des époux dans le même État après leur mariage, l'article 4, alinéa 3, prévoit également que « *leur régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'État avec lequel, compte tenu de toutes les circonstances, il présente les liens les plus étroits* ».

À cette complexité s'agissant de désigner le régime matrimonial applicable aux époux depuis leur mariage s'ajoute le fait qu'il sera parfois nécessaire d'appliquer le droit de plusieurs pays étrangers, si le couple a par exemple vécu ensuite plus de dix années dans un autre pays étranger ou si le couple déménage dans le pays de leur nationalité commune (la Convention de La Haye prévoyant certaines hypothèses de mutabilité automatique du régime matrimonial) (8).

## B - RECONNAISSANCE À L'ÉTRANGER D'UN CONTRAT DE MARIAGE FRANÇAIS

Dans un contexte international, et afin d'éviter cette future complexité, les

couples devront être informés de la possibilité de faire un contrat de mariage – ou « *prenuptial agreement* » – si l'on se place déjà dans un contexte anglo-saxon. L'idée de ces contrats est donc d'assurer aux époux une prévisibilité, le cas échéant de leur divorce, et ce en signant un document qui pourra être reconnu et appliqué même en cas d'expatriation hors de la France.

L'efficacité internationale de ces contrats suppose également que ces accords puissent être reconnus non seulement en France ou dans les pays dits « civilistes » (Belgique, Allemagne (9), Espagne, Suisse, l'État du Québec au Canada, etc.) mais également dans les pays de *common law*, comme l'Angleterre ou les États-Unis.

Une telle reconnaissance 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 auront été prises en compte afin d'assurer une reconnaissance en dehors de la France.

Ces contrats permettront ainsi de protéger les biens des époux et d'anticiper leur répartition en cas de séparation. Souvent, ils permettront 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 parties d'intégrer des clauses relatives aux compensations financières et alimentaires de la séparation (plus connues sous les termes de « *prestation compensatoire* » en droit français, ou « *spousal support* », ou « *alimony* », dans les pays de *common law*).

La reconnaissance des contrats de mariage français se pose avec le plus d'acuité dans les pays de *common law*, pour lesquels les règles applicables en matière de contrat de mariage sont très différentes de celles existant en droit français.

Par exemple, devant les juridictions anglaises (10), si ces accords peuvent influencer les juges anglais, ces derniers ne sont néanmoins pas tenus de les appliquer de façon stricte.

## NOTES

(7) Le Bureau permanent de la Conférence de La Haye, le CRIDON de Lyon et l'*Internationaal Juridisch Instituut* ont établi une liste des pays qui ne sont pas parties à la convention et dont le droit international privé prescrit l'application de la loi nationale des époux : Afghanistan, Albanie, Algérie, Allemagne, Angola, Autriche, Belgique (jusqu'au 1<sup>er</sup> octobre 2004), Bulgarie, Cap Vert, Corée, Égypte, Émirats arabes unis, Espagne, Finlande, Grèce, Hongrie, Indonésie, Irak, Italie, Japon, Jordanie, Koweït, Liban, Liechtenstein, Maroc, Pologne, Portugal, Roumanie, Sénégal, Somalie, Suède, Syrie, Tchad, République tchèque, République slovaque, Thaïlande, Tunisie, Turquie, Vatican, Yougoslavie, Haïti, République dominicaine, Surinam.

(8) La Convention de La Haye prévoit ainsi certains cas de mutabilité automatique du régime matrimonial des époux : « *Toutefois, si les époux n'ont ni désigné la loi applicable, ni fait de contrat de mariage, la loi interne de l'État où ils ont tous deux leur résidence habituelle devient applicable, aux lieux et place de celle à laquelle leur régime matrimonial était antérieurement soumis : 1. à partir du moment où ils y fixent leur résidence*

*habituelle, si la nationalité de cet État est leur nationalité commune, ou dès qu'ils acquièrent cette nationalité, ou 2. lorsque, après le mariage, cette résidence habituelle a duré plus de dix ans, ou*

*3. à partir du moment où ils y fixent leur résidence habituelle, si le régime matrimonial était soumis à la loi de l'État de la nationalité commune uniquement en vertu de l'article 4, alinéa 2, chiffre 3. »*

(9) Cette similarité dans les principes juridiques est telle qu'il a été possible de créer un régime matrimonial franco-allemand spécifique, ayant vocation à s'appliquer en France et en Allemagne. On songe ici en effet au régime matrimonial optionnel franco-allemand de participation aux acquêts, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2013, et dont l'objectif était d'unifier les règles applicables au régime légal de la participation aux acquêts en Allemagne et au régime légal de la communauté réduite aux acquêts en France, afin de créer un régime matrimonial commun à la France et à l'Allemagne.

(10) Certains pays d'Asie comme Hong Kong ou Singapour ont des règles d'inspiration anglaise et une position très similaires.

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 contrat, même librement consenti par les parties. Même s'il est vrai que depuis l'arrêt « Radmacher v. Granatino » (11), les juges, dans certaines circonstances, sont désormais tenus de leur donner un certain poids lorsqu'ils statuent sur les conséquences financières d'un divorce. Mais il sera essentiel de respecter certaines exigences *a minima*, exigences qui seront détaillées ci-après.

Par comparaison, la position de principe des tribunaux américains est généralement d'admettre la validité de contrats de mariage étrangers, mais cette validité suppose également de respecter certaines exigences pour augmenter les chances qu'un contrat français soit reconnu et appliqué dans la plupart des États américains.

Il existe ainsi des conditions de fond importantes pour que le contrat soit pris en compte : il faut que le contrat soit juste et équitable pour les deux parties (« *fairness* »). 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 sur les éléments de patrimoine de l'autre (existence d'une « *financial disclosure* »).

Cette 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.

Le respect de ces exigences constitue donc aujourd'hui une condition importante de validité d'un contrat de mariage français dans une perspective anglo-saxonne.

### C - RECONNAISSANCE EN FRANCE D'UN CONTRAT DE MARIAGE ÉTRANGER

Il faut maintenant évoquer l'application des « *prenuptial agreements* » de type anglo-saxon 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 les principaux pays de *common law*, s'ils connaissent par défaut des règles pour le partage de biens des époux, en l'absence de contrat de mariage, il n'existe pas *stricto sensu* de concept de régime matrimonial. Pourtant, saisie d'une question d'exécution d'un « *prenuptial agreement* », c'est la première question sur laquelle une juridiction française devra statuer.

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.

Dans son arrêt « Van den Boogaard » (12), la Cour de justice de l'Union européenne avait également 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 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. Cette distinction claire permettra ainsi aux juridictions françaises de prendre en compte les dispositions du « *prenuptial agreement* » au moment de la liquidation du régime matrimonial des époux.

Dans les pays anglo-saxons, il est par ailleurs usuel de prévoir dans le « *prenuptial agreement* » des dispositions sur le montant de la pension alimentaire à verser en cas de divorce. 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 de 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, font une élection de loi applicable pour les obligations alimentaires en faveur d'une loi étrangère, et cette loi étrangère permet ce type de disposition (13).

C'est le sens du nouveau texte européen, même s'il ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation 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 cassation (14) a en effet considéré récemment qu'« *il incombait à la Cour de rechercher, de manière concrète, si les effets de la loi (étrangère désignée dans le contrat) n'étaient pas manifestement contraires à l'ordre public international français* ».

La question reste ouverte dans des hypothèses où les dispositions du « *prenuptial agreement* » prévoient des montants significatifs, suffisantes pour couvrir les besoins du créancier d'aliments.

La question de la validité de ces clauses des « *prenuptial agreements* » n'est donc pas entièrement tranchée en droit français aujourd'hui... ■

### NOTES

(11) Radmacher v. Granatino (2009) England and Wales Court of Appeal (UK) (EWCA) Civ 649 (2010) UKSC 42.

(12) CJCE, 27 févr. 1997, aff. C-220/95, Van den Boogaard.

(13) Protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires, art. 8. À supposer que les conditions de fond et de forme posées par le Protocole pour une telle élection de loi applicable aient bien été respectées.

(14) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 juill. 2015, n° 14-17.880.