



PAR  
ANGÉLIQUE DEVAUX  
GROUPE PATRIMOINE

DROIT PATRIMONIAL



## ACTUALITÉ PATRIMONIALE INTERNATIONALE

### FRANÇAIS DE L'ÉTRANGER : SE MARIER EN FRANCE OU À L'ÉTRANGER ?

**L**e programme Erasmus fête ses trente ans cette année !

Trente années pendant lesquelles de jeunes étudiants et enseignants ont profité des programmes d'échange entre universités et grandes écoles en Europe mais aussi à travers le monde<sup>1</sup>.

À l'image de ces étudiants<sup>2</sup>, la mobilité internationale des personnes privées s'est accrue ces dernières années et ne cesse encore. On dénombre chaque année toujours plus de Français à l'étranger<sup>3</sup> entraînant avec eux un florilège de problématiques juridiques et sociales. Parmi elles, les relations matrimoniales. Le mariage dans l'ordre international pose en effet une multitude de questions tant il se veut l'écho d'une culture et empreint de traditions.

La période estivale qui s'achève l'a démontré cette année encore. Au sein de l'Étude Cheuvreux, nombreuses ont été les consultations en droit patrimonial international de la famille autour du mariage. Français de l'étranger, est-il plus simple de se marier en France ou à l'étranger ? Couples bi-nationaux ou couples de Français mobiles,

quelle sera la loi applicable au régime matrimonial ? Faut-il prévoir un contrat de mariage et sera-t-il reconnu à l'étranger ? Au travers de cette étude, nous avons donc fait le choix de revenir sur ces problématiques répondant ainsi aux besoins d'une société en perpétuelle évolution.

#### ■ La reconnaissance du mariage international en France.

On entend par « mariage international » toutes les situations autour du mariage brassant un élément d'extranéité comme la nationalité des époux, la résidence des époux ou encore la situation de leurs biens. Pour être valable en France, savoir y être reconnu et y produire des effets, il est nécessaire que le mariage réponde à un certain nombre de conditions de fond et de formes.

#### ■ Conditions de forme

En droit international privé français, le mariage sera valable s'il a été célébré conformément aux formalités prévues par la loi de l'État sur le territoire duquel la célébration a eu lieu<sup>4</sup>.

“  
Il est nécessaire que le mariage réponde à un certain nombre de conditions de fond et de formes.  
”

1- Programme Erasmus Mundus.  
2- On estime à plus de trois millions d'étudiants qui ont bénéficié de ce programme depuis sa création en 1987.  
3- Selon les chiffres au 31 décembre 2015, on dénombre une progression de 1,8% par rapport à l'année précédente. Source : France Diplomatie.  
4- Article 202-2 du Code civil.

En France, le mariage sera valable s'il est célébré publiquement par l'officier de l'État civil de la commune dans laquelle un des époux ou de l'un de leurs parents aura son domicile ou sa résidence à la date de publication des bans<sup>5</sup>. Le mariage religieux seul célébré en France n'est ainsi pas valable.

À l'inverse, à l'étranger la célébration du mariage devant des autorités religieuses sera reconnue en France, à condition qu'il s'agisse de la forme locale et que toutes les conditions prescrites par la loi locale aient bien été respectées. Par exemple, le mariage d'un ressortissant français à Hong Kong devant un *licensed place of public worship* sera reconnu en France à condition que l'avis de mariage ait bien été donné au gouvernement de Hong Kong dans un délai maximum de quinze jours avant la célébration du mariage et le mariage ait été célébré dans les trois mois de cet avis.

Toutefois, pour tout ressortissant français désirant s'unir devant les autorités étrangères des conditions supplémentaires doivent être respectées.

À noter tout d'abord que la présence à la célébration du mariage est obligatoire. Cela peut en amuser, mais le droit français ne reconnaît en effet pas le mariage célébré par procuration à l'étranger. La présence des deux époux au moment de la célébration du mariage à l'étranger est donc obligatoire pour que le mariage soit reconnu en France<sup>6</sup>.

**Au regard de l'État français, tout ressortissant français désirant se marier à l'étranger doit nécessairement procéder à des formalités préalables et postérieures à son union.**

Il doit procéder à la publication des bans, comme il le ferait en France. Après constitution d'un dossier et audition éventuelle des futurs époux, le consulat de France dans l'État où réside le Français procédera à la publication des bans dans ses locaux et si l'un des Français réside en France à la

mairie de son domicile<sup>7</sup>. Passé dix jours, le consulat remettra un certificat de capacité qui pourra être demandé par les autorités locales afin de célébrer l'union maritale<sup>8</sup>. La délivrance de ce certificat est rendue obligatoire par les autorités françaises<sup>9</sup>.

Le défaut de publication des bans n'est pas sanctionné, mais constitue une condition sine qua non de la transcription du mariage auprès de l'État Civil Français.

En pratique, les futurs époux doivent prendre contact avec le consulat de France du lieu de résidence plusieurs semaines avant la date prévue du mariage et ainsi compléter un dossier de mariage.

La transcription du mariage sur l'état civil français se fait postérieurement au mariage à la demande du ressortissant français. Il s'agit d'une demande écrite accompagnée nécessairement de la copie originale de l'acte de mariage étranger certifiée conforme par l'autorité locale qui a procédé à sa célébration et la remise de copie de pièces d'état civil.

La transcription du mariage à l'état civil français permet la délivrance du livret de famille et est obligatoire pour rendre le mariage opposable aux tiers en France, comme l'administration, les créanciers, les officiers publics dont les notaires.

Le mariage non transcrit produira certes effets à l'égard du couple et de ses enfants (par exemple dans le cadre de la présomption de paternité) mais sera inopposable aux tiers dans l'ordre juridique français<sup>10</sup> ; ce qui posera des difficultés au couple notamment lors d'un retour en France.

■ **La France à l'étranger ou le mariage consulaire.**

Le mariage devant les autorités françaises à l'étranger, ambassade de France ou consulat de France, par un Français et un étranger ou entre deux Français est possible par dérogation à la loi locale. Mais attention, tous les consulats n'offrent pas cette possibilité ! Le mariage au consulat français n'est

possible que dans les pays désignés préalablement par Décret. Dans certains cas, seuls deux ressortissants français peuvent se marier devant les autorités françaises à l'étranger, dans d'autres pays le mariage est ouvert aux couples bi-nationaux. Aussi, le ou les Français désirant s'unir devant les autorités françaises à l'étranger doivent se renseigner auprès d'elles et ainsi vérifier s'ils remplissent les conditions.

À titre d'exemple, à Hong Kong où plus de trente mille français y résident aujourd'hui, les autorités consulaires ne célèbrent plus de mariage entre Français depuis le 1er septembre 2016.

■ **Conditions de fonds**

Le mariage, institution pour les uns ou contrat pour les autres, nécessite fondamentalement un consentement libre et sans contrainte. Cette condition vise à empêcher les mariages célébrés dans des buts étrangers à l'institution matrimoniale et ainsi prévenir les mariages frauduleux ou contraints.

Les autres conditions de fond du mariage tel ceux relatif à l'âge, au sexe, ou à la capacité relève en droit Français de la loi nationale. Ainsi, l'âge minimal légal pour le mariage d'un français est de 18 ans tant pour les hommes que les femmes<sup>11</sup>. Une Chinoise de 18 ans et un Français de 25 ans devront attendre deux années de plus pour se marier en France, temps nécessaire pour que la ressortissante chinoise ait la capacité juridique de se marier ; l'âge requis en Chine pour se marier étant de 20 ans pour les femmes et de 22 ans pour les hommes.

S'agissant de la condition de sexe, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013<sup>12</sup> dite du « Mariage pour tous », il n'existe plus de restriction en France relative au sexe des époux. Ainsi deux hommes ou deux femmes ou un homme et une femme peuvent s'y marier.

Plus précisément, deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi per-

5- Article 63 du Code civil.

6- Article 146-1 du Code civil.

7- Article 63 du Code civil.

8- Par exemple, pour les mariages en Italie, un certificat de capacité de mariage appelé « Nulla Osta » est exigé par les autorités Italiennes.

9- Article 172-1 du Code civil.

10- Cette inopposabilité ne concerne que les mariages célébrés après le 1<sup>er</sup> mars 2007.

11- Article 144 du Code civil.

12- Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe (JORF n° 0114 du 18 mai 2013 page 8253 texte n° 3).

sonnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet<sup>13</sup>. Deux personnes de nationalité étrangère résidant en France mais dont la loi personnelle prohibe le mariage de personnes de même sexe peuvent se marier en France. Au nom de l'ordre public international, ce droit subsiste quand bien même il existe une convention bilatérale entre la France et le pays étranger dont est ressortissant le futur époux prohibant cette faculté<sup>14</sup>. Si le mariage est valable en France et y produit juridiquement ses effets, il n'en demeurera pas moins non reconnu dans le pays prohibant le mariage entre personnes de même sexe.

La question de la reconnaissance à l'étranger du mariage entre personnes de même sexe célébré en France varie en fonction du pays impliqué, de ses propres règles de conflits et de ses règles d'ordre public. Chaque situation doit ainsi être analysée avec précaution. S'il est plaisant et romantique de venir se marier en France, le retour dans le pays d'origine ou d'expatriation posera manifestement des difficultés.

Se marier à deux ou à plusieurs ? En France, l'ordre public s'empare de la réponse. Contrairement à la Colombie qui a récemment officiellement reconnu le mariage entre trois hommes<sup>15</sup>, la célébration du mariage polygame en France y est prohibée. Il est nécessaire que les futurs époux, peu importe leur nationalité et le contenu même de leur loi nationale, soient soit célibataires, ou veuf ou divorcé pour se marier en France. Dans l'hypothèse d'un mariage célébré par un ressortissant français à l'étranger, à défaut de célibat, le consulat de France ne remettra pas de certificat de capacité préalable à l'union. Par conséquent, le Français se mariant une nouvelle fois à l'étranger alors même que sa précédente union n'est pas dissoute ne pourra faire valoir cette union en France.

L'inverse n'est pas tout à fait aussi strict. Le mariage polygamique célébré valablement à l'étranger entre ressortissants étrangers dont la loi personnelle admet le mariage

polygame est reconnu de façon atténuée en France, la reconnaissance portant essentiellement sur les effets patrimoniaux du couple<sup>16</sup>.

Enfin, il existe des empêchements au mariage prohibitifs liés aux liens familiaux entre les personnes. Les mariages entre ascendants et descendants, alliés dans la même ligne (frères et sœurs) oncle et nièce ou tante et neveu ne sont pas célébrés en France. Célébrés à l'étranger, ils ne seront pas reconnus en France non plus.

Compte tenu de ces règles, la célébration en France entre un ressortissant français et un ressortissant étranger ou même entre deux étrangers nécessite la production d'un certificat de coutume émis par les autorités locales dont est ressortissant le ou la future épouse afin de s'assurer que l'ensemble des conditions de fond soient remplies, et qu'il n'existe aucun empêchement au mariage.

L'absence d'une de ces conditions de fond peut amener le procureur de la République à s'opposer au mariage. Si celui-ci est célébré à l'étranger, le procureur de la République informera les autorités diplomatiques de son opposition, sans pour autant les y contraindre. Dans cette hypothèse, le mariage ne pourra être transcrit à l'état civil français, sauf à obtenir un jugement de mainlevée du procureur de la République.

En résumé, mariage en France ou à l'étranger, il est nécessaire de vérifier avant de se dire « OUI » l'ensemble des formalités à accomplir, des conditions à remplir afin de s'assurer de la validité de son mariage tant dans l'ordre juridique français qu'étranger, et ainsi en garantir ses effets.

#### ■ Le régime matrimonial dans l'ordre international

Notion inconnue ou presque des pays de common law et de droit islamique, où l'ap-

proche de la propriété des biens des époux est très différente, le régime matrimonial a pour fonction de déterminer la propriété des biens des époux pendant le mariage et à sa dissolution. Au sens communautaire, on le définit aujourd'hui comme « *l'ensemble des règles relatives aux rapports patrimoniaux entre époux et dans leurs relations avec des tiers, qui résultent du mariage ou de sa dissolution* »<sup>17</sup>. La détermination du régime matrimonial en droit français est la clef de voûte de la gestion patrimoniale des époux.

En droit international privé français actuel, les règles de détermination de la loi applicable au régime matrimonial sont régies par la Convention de la Haye sur les régimes matrimoniaux du 14 mars 1978, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 1992<sup>18</sup>. La Convention, bien que ratifiée seulement par la

France, les Pays Bas et le Luxembourg<sup>19</sup> est de caractère universel. Si bien que pour ces pays, les règles issues de la Convention seront applicables à toute personne connaissant d'un élément d'extranéité et dont la détermination de la loi applicable

“

La détermination du régime matrimonial en droit français est la clef de voûte de la gestion patrimoniale des époux.

”

au régime matrimonial est nécessaire à l'opération envisagée (par exemple, dans le cadre traditionnel d'une acquisition, d'une vente, d'une succession ou encore d'un divorce).

La question de la détermination de la loi applicable au régime matrimonial à défaut de choix est, il faut le dire, sous l'égide de la Convention de la Haye, plutôt complexe tant il y a de principes et d'exceptions.

Ainsi, si les époux n'ont pas désigné de loi applicable, celle-ci est soumise à la loi interne de l'État sur le territoire duquel les époux établissent leur première résidence habituelle après le mariage.

Par exception, le régime matrimonial sera soumis à la loi interne de la nationalité

13- Article 202-1 du Code civil.

14- Cour de Cassation, 1<sup>re</sup> Chambre civile, 28 janvier 2015 ; arrêt n° 96.

15- Courrier international, 15 juin 2017 <http://www.courrierinternational.com/article/colombie-le-mariage-trois-officiellement-reconnu>

16- Arrêt Bendeddouché, Cour de Cassation, 1<sup>re</sup> chambre civile 3 janvier 1980.

17- Article 3 du Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 Juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.

18- Les règles de la Convention s'appliquent en France pour tous les mariages célébrés après le 1<sup>er</sup> septembre 1992.

19- L'Autriche et le Portugal l'ont signé mais ne l'ont jamais ratifié.

commune des époux lorsqu'il s'agit d'un État qui a fait une déclaration en faveur de sa loi nationale ou lorsque les époux n'établissent pas dans un même territoire leur résidence habituelle après le mariage, ou encore à défaut de résidence habituelle dans un même État ou de nationalité commune, la loi de l'État avec lequel compte tenu des circonstances il présente les liens plus étroits. Les nombreuses exceptions tendent à répondre à la diversité des situations dans un monde en perpétuel mouvement.

Au surplus, la Convention de la Haye, dans sa complexité, prévoit le principe fortement critiqué par la pratique et la doctrine de la mutabilité automatique du régime matrimonial. En effet, pour les époux qui n'ont pas exprimé de loi applicable au moment de leur mariage, ni même pendant, la loi interne où ils ont tous deux leur résidence habituelle devient applicable automatiquement au lieu et place de celle à laquelle ils étaient jusqu'alors soumis, à partir du moment où ils fixent leur résidence habituelle dans l'État dont ils ont la nationalité commune et que cette résidence habituelle a duré plus de dix ans.

Cette situation s'applique par exemple à deux époux de nationalité française, mariés à Londres en 1999 qui se sont installés en France en 2002. D'un régime matrimonial assimilé à celui de la séparation de biens en France, les époux sont aujourd'hui considérés mariés sous le régime de la communauté de biens réduite aux acquêts de droit français.

Il n'existe pas de notification particulière de l'État français pour faire savoir à ce couple qu'ils ont changé en cours de temps de loi applicable à leur régime matrimonial et par incidence de type de régime matrimonial. Le changement est automatique, sans que les époux en aient connaissance et donc problématique en termes d'obligations et d'organisation patrimoniale, notamment lors d'une succession ou d'un divorce.

**De nouvelles règles à venir !** Bien qu'utile, la Convention de la Haye n'est applicable

que dans trois pays. Aussi, dans l'objectif que s'est donnée l'Union Européenne à savoir de « **maintenir et développer un espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel est assurée la liberté de circulation des personnes** », il a été publié le 24 juin 2016 le Règlement (UE) 2016/1103 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux. L'ensemble des règles contenues dans ce règlement ne s'appliquera pas à tous les États européens mais seulement à dix-huit d'entre eux<sup>20</sup>.

Toutefois, au sein de ces États, ce sont bien les mêmes règles de conflit en matière de détermination de loi applicable au régime matrimonial qui vont s'appliquer facilitant ainsi les relations patrimoniales d'un grand nombre de couples mariés européens, et pas seulement, puisque le règlement a une vocation également universelle ; à savoir, il sera applicable même si la loi désignée par le règlement n'est pas celle d'un État membre.

Ce nouveau texte s'appliquera pour les mariages célébrés à **compter du 19 janvier 2019**.

La détermination de la loi applicable à défaut de choix des parties sera plus aisée que sous la plume de la Convention de la Haye. Le règlement retient en effet trois critères de rattachement objectifs :

a) la loi de l'État de la première résidence habituelle commune des époux après la célébration du mariage ou, à défaut,

b) celle de la nationalité commune des époux au moment du mariage, ou à défaut,

c) celle avec lequel les époux ont ensemble les liens les plus étroits au moment de la célébration du mariage, compte tenu de toutes les circonstances.

Le changement automatique de loi applicable est enfin abandonné.

Toutefois, l'opposabilité aux tiers et les lois de police générale peuvent écarter la loi applicable au régime matrimonial.

Les règles de conflits issues de la Conven-

tion de la Haye ou du Règlement européen tentent de pallier aux diverses situations patrimoniales et familiales. Cela étant, elles ne garantissent pas une sécurité juridique absolue.

#### ■ **L'autonomie de la volonté : remède à l'insécurité juridique dans les relations matrimoniales.**

Dans un contexte de mobilité internationale où plusieurs lois peuvent interagir voire se contredire, l'encadrement des relations matrimoniales est indispensable afin de sécuriser les effets patrimoniaux du couple.

Le recours à la désignation de la loi applicable au régime matrimonial offre de multiples avantages pour les Français de l'étranger ou les Français en quête d'expatriation. La loi est choisie, la loi est connue des époux et elle fait preuve d'une volonté commune des époux. Elle laisse le couple maître de ses décisions.

La désignation volontaire de la loi applicable au régime matrimonial pourra s'effectuer avant le mariage quand on sait que « l'union sacrée » est parfois l'étape nécessaire à l'expatriation du couple, notamment pour des raisons d'immigration, obtention de visa et suivi du conjoint par exemple. Pendant le mariage, et précédant l'expatriation, elle sera nécessaire pour les époux mariés sans contrat puisqu'elle écarte les inconvénients de la mutabilité automatique du régime matrimonial. Enfin pendant l'expatriation, la déclaration de loi applicable sera utile aux biens nouvellement acquis – notamment ceux situés en France – afin de les soumettre à une loi future unique.

Le choix du régime matrimonial permet, quant à lui, de sécuriser les effets patrimoniaux du couple. Des professions dites à « risque » privilégieront un régime séparatiste tandis que dans certaines situations un régime communautaire sera préféré.

Dans une dimension internationale, une certaine typologie de régime matrimonial peut également être privilégiée. Enfin, couplé avec d'autres outils juridiques, telle

20- Suède, Belgique, Grèce, Chypre, Croatie, Slovaquie, Espagne, France, Portugal, Italie, Malte, Luxembourg, Allemagne, République Tchèque, Pays-Bas, Autriche, Bulgarie, Finlande.

21- Article 3 de la Convention de la Haye.

22- Article 6 de la Convention de la Haye.

la désignation de la loi successorale à sa future succession, la désignation de la loi applicable au régime matrimonial devient un vrai outil de gestion internationale du patrimoine.

Pour autant, la désignation de la loi applicable au régime matrimonial est à utiliser avec précaution. En effet, si les époux ont cette faculté de choix, celle-ci reste encadrée.

Ainsi pour les mariages qui seront encore célébrés jusqu'au 29 janvier 2019, la Convention de la Haye permet, avant le mariage<sup>21</sup> ou en cours de mariage<sup>22</sup>, de désigner soit :

« 1. La loi d'un État dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation ;

2. la loi de l'État sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation ;

3. la loi du premier État sur le territoire duquel l'un des époux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage ». (Ce choix ne s'opère que pour une déclaration au moment du mariage).

Enfin, il est possible de désigner la loi de situation d'un bien immobilier.

Pour les mariages célébrés à compter du 29 janvier 2019, les époux peuvent convenir de désigner ou de modifier la loi applicable à leur régime matrimonial. Cependant, ce choix est limité<sup>23</sup>. Il peut s'agir soit de la loi de la résidence habituelle d'au moins un des époux au moment de la conclusion de la convention, soit de la loi de la nationalité d'au moins un des époux au moment de la conclusion de la convention.

La déclaration de loi applicable au régime matrimonial nécessite un écrit, daté et signé par les deux époux<sup>24</sup> devant assuré leur consentement libre et éclairé. Le règlement européen reconnaît également la forme électronique de cet écrit.

La Convention de la Haye et le Règlement Européen sur les régimes matrimoniaux ne

précisent pas si le choix peut être fait par acte sous seing privé ou acte authentique. En droit français, il faut admettre les vertus supérieures de l'acte notarié, plus adapté, compte tenu de ses garanties intrinsèques de conservation et de représentation.

“

La déclaration de loi applicable au régime matrimonial nécessite un écrit, daté et signé par les deux époux devant assuré leur consentement libre et éclairé.

”

Selon le pays de résidence du ou des ressortissants français, le contrat de mariage pourra également être reçu par l'ambassade ou le consulat d'après modèle adressé par le notaire en France.

#### ■ Le voyage du contrat de mariage - Encore faut-il s'assurer de l'effectivité de son choix de loi dans un contexte international

Il existe en effet plus de deux cents juridictions dans le monde avec tout autant de règles internes, de règles de conflits et de règles d'ordre public.

Les Français désirant établir un contrat de mariage de droit français et opter pour la loi française doivent impérativement s'assurer de l'effectivité de leur choix, c'est-à-dire de l'exécution du contrat de mariage français à l'étranger tant sur le fond (le choix de loi) que sur la forme.

S'agissant des problématiques de fond, l'autonomie de la volonté n'est pas sans risque. À titre d'exemple, devant la place de l'équité dans les divorces aux États-Unis, il se peut que le juge américain annule ou apporte des tempéraments au contrat s'il le considère non équitable pour un époux, ou tout simplement

contraire à l'ordre public du for. Par ailleurs, il est concevable que le juge américain soit totalement étranger au droit français, dont le mode de réflexion et d'analyse diffère largement du modèle de la *common law* et requière alors l'avis d'un expert. Pour les tribunaux américains non liés par la Convention de la Haye ou le Règlement (EU) sur les régimes matrimoniaux, il est

manifestement indispensable de s'assurer que les époux aient une relation particulière avec la loi choisie, en soient familiers, en aient une bonne connaissance pour être reconnue. La résidence habituelle ou la nationalité ne sont pas des critères de rattachement exclusif pour les tribunaux américains. Les fondements sont au contraire subjectifs et non exhaustifs, le tribunal jugeant l'applicabilité de la loi d'après la situation exposée devant lui.

Outre son caractère exprès, le choix de la loi doit être motivé. La motivation des parties assure au juge l'effectivité du choix retenu par les époux, et aux époux que la loi choisie les suivra malgré l'expatriation.

Tenu à un devoir de conseil, il est primordial que le notaire s'assure de la conformité des systèmes juridiques. La loi choisie ne doit pas être fondamentalement contraire à l'ordre public du for<sup>25</sup>, ce qui suppose une connaissance de la législation interne du lieu d'expatriation. Le recours à un certificat de coutume pourra s'avérer utile à la préparation du contrat de mariage; l'échange et la consultation auprès d'un juriste de droit local de confiance, indispensable.

S'agissant des problématiques liées à forme du choix de loi applicable, le contrat de mariage notarié français ne pose guère de particularités dans les pays de droit civil, hormis des questions de traduction, de légalisation ou apostille selon.

“

Il est primordial que le notaire s'assure de la conformité des systèmes juridiques.

”

Il en est quelque peu différemment dans les pays de *common law*. Le cas des États-Unis où plus de cent quarante mille Français y résident en est la par-

faite illustration.

Le droit de la famille aux États-Unis relève du droit des États (*State law*), en conséquence le droit des contrats de mariage (appelé *prenuptial* ou *premarital* ou *anti-nuptial agreement*) s'est développé tout aussi individuellement dans chaque État, soit par la loi, soit par la jurisprudence. La variabilité de ces règles crée ainsi des dif-

23- Article 22 du Règlement (EU) 2016/1103.

24- Article 13 de la Convention de la Haye du 14 mars 1978 et Article 23 du Règlement (EU) 2016/1103 du 26 juin 2016.

25- Par exemple, le notaire devra vérifier que l'état dans lequel le couple s'expatrie ne prohibe pas les contrats de mariage postnuptiaux.

ficultés d'interprétation et d'application au moment où les époux font valoir leurs droits issus de législations différentes, un divorce, une succession.

Dans un souci d'unification des règles de forme et de fond relatives aux contrats de mariage, l'*Uniform Premarital Agreement Act (UPAA)* a été promulgué par la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* en 1983, mais seuls vingt-sept États l'ont à ce jour adopté avec pour chacun des variations qui leur sont propres<sup>26</sup>. L'UPAA énonce assez largement le champ d'application sur lesquelles portent les clauses du contrat de mariage tel les droits patrimoniaux de chacun des époux, la modification ou la suppression de la pension alimentaire du conjoint, ou encore le choix de la loi applicable au contrat<sup>27</sup>.

L'accord énonce également les conditions de validité d'un contrat de mariage, à savoir : le contrat doit avoir été écrit et signé volontairement par les futurs époux sans fraude, ni contrainte et au moyen de leurs pleines capacités respectives, le mariage doit avoir eu lieu, le contrat de mariage ne doit pas contenir de dispositions contraires à l'ordre public, chaque futur époux doit avoir eu l'opportunité de consulter son propre conseil (*independent legal representation*), et enfin les futurs époux doivent pouvoir s'échanger les informations concernant leur patrimoine actif et passif (*total disclosure*).

Sur le principe donc, tous les États reconnaissent les contrats de mariage – même ceux dressés à l'étranger. La grande majorité des États reconnaissent également les contrats dressés pendant le mariage (appelés *postnuptial agreement*)<sup>28</sup>. La loi du lieu où le contrat de mariage est établi gouverne sa validité et son interprétation, tandis que la loi du lieu où le contrat doit

être exécuté régit son application et sa conformité à l'ordre public<sup>29</sup>. S'il est établi en France, le contrat de mariage doit répondre aux exigences des articles 1394 et suivants du Code civil, à savoir une convention passée en la forme d'un acte notarié constatant le consentement des parties, et rédigée avant la célébration du mariage.

Les difficultés d'exécution du contrat de mariage étranger devant les juridictions américaines surviennent lorsque les procédures d'élaboration du contrat sont trop éloignées des « standards américains » sus-énoncés, d'autant que certains États, comme la Californie renforcent ces critères<sup>30</sup>. C'est le cas de la consultation préalable auprès de conseils indépendants et de l'échange d'information sur le patrimoine entre les parties.

#### ■ Recours aux conseils indépendants

Comment sera exécuté le contrat de mariage français établi par un notaire (par définition, conseil commun des époux) devant une juridiction californienne ? Il ne semble pas que l'État de Californie ait à ce jour eu l'occasion de se prononcer sur un tel contentieux. Pour autant, de nombreux Français sont domiciliés en Californie et la question pourrait très bien être soulevée. Par analogie, on observe en revanche que l'État de New York dans l'affaire *Stawski v. Stawski*<sup>31</sup> a confirmé le contrat de mariage établi pardevant un notaire allemand valide et exécutoire, bien que le couple ait été conseillé par un juriste commun. Le tribunal qui a rappelé la définition, les compétences juridiques et neutres du *notar* allemand, a par ailleurs en l'espèce estimé que l'épouse américaine, bien qu'elle comprenait peu la langue allemande, était suffisamment « cultivée » pour avoir eu tout le loisir de refuser la signature du contrat de mariage.

Sur ce point, la majorité des auteurs américains<sup>32</sup> s'accordent à penser que le contrat passé devant un juriste unique doit être valablement exécuté devant les juridictions américaines, à la condition toutefois que les parties aient expressément convenues dans leur contrat que la loi étrangère soit bien celle qui gouverne à la fois son interprétation et son exécution. Il faut cependant rester prudent avec cette analyse, puisque, comme il a déjà été mentionné, l'application du contrat relève du juge saisi. Devant une telle incertitude, la prudence est de mise. Les futurs époux souhaitant régulariser un contrat de mariage en France en vue de s'expatrier dans un pays de *common law* prévoyant un tel formalisme, doivent recevoir suffisamment de temps avant la signature de leur contrat de mariage un conseil juridique indépendant sur le contenu et la portée de leur contrat. En pratique, et pour éviter tout conflit d'intérêts, le conseil juridique se fera au moyen de deux avocats.

#### ■ Révélation du patrimoine

Parce que les futurs époux sont des co-contractants spéciaux, les législations internes requièrent qu'ils aient préalablement pris connaissance du contenu du patrimoine de l'un et de l'autre (*total disclosure*)<sup>33</sup>. Le contrat de mariage doit contenir une liste complète des biens appartenant à chacun des époux avant le mariage. Un état descriptif du patrimoine de chacun d'eux devra nécessairement être inclus ou annexé au contrat de mariage français. De même, il serait prudent de recourir à un expert indépendant afin de procéder à l'évaluation des biens, peu importe leur nature, propres ou communs, et indépendamment du régime matrimonial choisi.

26- Arizona, Arkansas, Californie, Connecticut, Delaware, District of Columbia, Floride, Hawaï, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Maine, Montana, Nebraska, Nevada, New Jersey, Nouveau Mexique, Caroline du Nord, Dakota du Nord, Oregon, Rhode Island, Dakota du Sud, Texas, Utah, Virginie. Pour une étude complète: The Uniform Premarital Agreement Act and Its Variations Throughout the States, *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, Vol. 23, 2010, 355.

A noter qu'en 2009 les États du Mississippi, Missouri, Caroline du Sud et Virginie Ouest ont introduit l'UPAA en 2009 dans leurs législations, mais ne l'ont pas encore adopté.

27- UPAA, § 3 (a)(1)-(8).

28- Les critères de reconnaissance des *post nuptial agreements* varient d'un État à l'autre. L'Ohio ne reconnaît pas les contrats de mariage établis pendant le mariage, Ohio Rev. Code Ann. §3101.06.

29- *Auten v. Auten*, 124 N.E. 2d 99, 101 (N.Y. 1954).

30- Les contrats de mariage exécutés en Californie sont déclarés valides uniquement si les parties ont eu recours à des conseils légaux indépendants - chacun son propre avocat - au minimum sept jours avant la signature du contrat. Cal. Fam. Code, 1615 (c)(3)(2004). La renonciation aux conseils indépendants (tel le recours au notaire français, conseil commun et impartial des parties) est possible, à la condition d'être expressément mentionnée dans un document séparé au contrat de mariage et sans ambiguïté. Ces critères ont été ajoutés au Code de la Famille Californien en 2001, suite à deux décisions de la Cour Suprême de Californie de 2000, *Marriage of Bonds*, 5 P.3d 815 et *Marriage of Pendleton and Fireman* 5 P.3d. 839.

31- 843 N.Y.S.2d 544, 545 (N.Y. App. Div.2007)

32- *Art Gemmell, A French Prenup in A California Court: A Tale of Jacques and Jill*, 33 *Lincoln L. Rev.* 1, 15 (2006); *Ann Laquer Estin, International Divorce: litigation marital property and support rights*, *Family Law Quarterly*, 45 Fam. L.Q. 293, (2011).

33- *Estate of Halmaghi*, 457 N.W. 2d 356, 359 (Mich. Ct. App. 1990) Le tribunal a retenu que le contrat de mariage établi en Allemagne devant notaire n'était pas valide parce qu'il ne contenait pas un listing des biens des futurs époux.

34- Un état descriptif du patrimoine est déjà obligatoire pour le régime français de la participation aux acquêts (Art. 1570 ali.2 et 3 du Code civil) et pour le régime Franco-allemand de la participation aux acquêts (Art. 8 de l'Accord du 4 février 2010).