

RENCONTRES INTERNATIONALES ALTHÉMIS

9 La famille dans tous ses États

(première partie)

Étude réalisée par :

ALTHÉMIS

réseau notarial
www.althemis.fr
membre du réseau international Lexunion
www.lexunion.com



en collaboration avec

TIM AMOS QC

avocat à Londres
QEB, Queen Elizabeth Building, Temple
www.qeb.co.uk

GEORGES KHAIRALLAH

professeur émérite, université Paris II Panthéon Assas

ISABELLE REIN LESCOSTEREYRES

avocate à Paris, cabinet BWG
www.bwg-associes.com

PASCALE SANSÉAU

notaire

La planification patrimoniale s'inscrit dans un contexte de plus en plus international, cela nous conduit à changer nos repères et à imaginer des solutions innovantes.

L'arsenal législatif européen nous offre aujourd'hui, plus que jamais, les moyens d'élaborer des stratégies transnationales efficaces au-delà de toutes les frontières.

Pour y parvenir, l'échange avec nos homologues étrangers est indispensable : ce n'est qu'en confrontant nos points de vue et en comparant les opportunités qu'offrent nos droits respectifs que nous pouvons identifier les solutions pertinentes.

1 - Afin d'explorer ces nouveaux horizons, l'équipe Althémis et ses partenaires vous proposent de suivre les aventures de l'un de leurs clients au cours de plusieurs des étapes

importantes de sa vie¹. Bien évidemment, toute ressemblance avec des dossiers traités par Althémis et ses partenaires n'est absolument ni fortuite ni involontaire.

1. Ce cas pratique a été présenté lors des Rencontres internationales Althémis qui se sont tenues le 12 octobre 2018 (<https://rencontres-althemis.com/fr>).

ACTE 1 : LA PARENTHÈSE BRITANNIQUE

SCÈNE 1 : LE MARIAGE

Les faits du cas pratique :

Monsieur de Gand, de nationalité franco-belge, travaille en France dans l'entreprise de son père, entrepreneur fortuné français. Sa mère, de nationalité belge, dispose d'un important patrimoine familial en Belgique. Monsieur de Gand est en outre propriétaire de biens mobiliers et immobiliers en France. Il est également propriétaire d'une villa sur le lac de Côme. Notre histoire commence alors que Monsieur de Gand décide de s'expatrier en Angleterre où il compte développer une branche de l'entreprise familiale de son père. Au cours de l'un de ses nombreux déjeuners d'affaires, il rencontre Madame Smith, une jeune styliste franco-britannique, dont il tombe immédiatement sous le charme. Ils se marieront quelques mois plus tard, non sans quelques craintes de la part des parents de Monsieur de Gand, soucieux de protéger les intérêts de leur fils vis-à-vis de Madame Smith. Celle-ci ne dispose en effet d'aucun patrimoine familial et doit s'occuper de son fils mineur, Adam, issu d'une précédente union avec un homme que les parents de Monsieur de Gand n'ont jamais rencontré.

2 - Comme bien souvent dans de telles situations, nous sommes consultés par les parents du futur époux qui souhaitent protéger leur fils des conséquences d'un éventuel divorce. La rédaction d'un contrat de mariage apparaît comme une réponse appropriée du point de vue français. Mais ce contrat est-il vraiment suffisant pour protéger Monsieur de Gand ?

1. Le point de vue français : le contrat de mariage

3 - Du point de vue français, le contrat de mariage permet de fixer les relations patrimoniales entre les époux : en choisissant un régime de type séparatiste, les époux conservent des patrimoines distincts et, même en cas de divorce, les biens de Monsieur de Gand resteraient séparés de ceux de son épouse.

La régularisation d'un contrat de mariage dans un cadre international révèle cependant certaines particularités. Du point de vue du droit international privé français, le contrat de mariage comprend en effet des dispositions relevant de différentes catégories de rattachement : les relations patrimoniales des époux, les obligations alimentaires, le divorce, etc.

Ces catégories sont soumises à des règles de conflit distinctes qui peuvent conduire à appliquer plusieurs lois à un même contrat.

A. - Choix du régime matrimonial

4 - Nous rappellerons ici brièvement les règles de détermination de la loi applicable au régime matrimonial, lesquelles font apparaître une superposition de textes : le critère important pour identifier la règle applicable est la date du mariage des époux.

5 - Pour les époux mariés avant le 1^{er} septembre 1992. – Il convient d'appliquer le droit commun, lequel prévoit que les

époux peuvent désigner la loi applicable à leur régime matrimonial. À défaut de choix, il faut rechercher la volonté des époux quant à la localisation de leurs intérêts patrimoniaux en privilégiant dans cette recherche l'indice du premier domicile matrimonial.

6 - Pour les époux mariés entre le 1^{er} septembre 1992 et le 29 janvier 2019 ou qui, mariés avant le 1^{er} septembre 1992, désignent la loi applicable à leur régime matrimonial à compter de cette date. – Il convient de faire application de la Convention de la Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable au régime matrimonial. Ce texte prévoit à titre de règle générale que les époux peuvent désigner pour régir leur régime matrimonial la loi de la nationalité ou de l'État de la résidence habituelle de l'un d'eux, la loi de la future résidence habituelle de l'un d'eux et, pour les immeubles, la loi de l'État de situation de ces immeubles. À défaut de choix, la loi de la première résidence habituelle des époux s'appliquera. Cette convention prévoit cependant de nombreuses exceptions et une règle de mutabilité automatique de la loi applicable au régime matrimonial qui, au regard de la pratique, s'est avérée génératrice de complexité et de contentieux.

7 - Pour les époux mariés après le 29 janvier 2019 ou qui, mariés avant le 30 janvier 2019, désignent la loi applicable à leur régime matrimonial à compter de cette date. – Il convient de faire application du règlement européen (UE) n° 1103/2016 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.

Ce règlement reprend dans ses grandes lignes les dispositions de la Convention de La Haye et offre aux époux la possibilité de choisir la loi applicable à leur régime matrimonial : ils peuvent ainsi désigner la loi de la nationalité ou de l'État de la résidence habituelle de l'un d'eux. À défaut de choix, la loi de la résidence habituelle s'applique. Il interdit de morceler le régime matrimonial pour le soumettre à une loi et, pour les immeubles, le soumettre à la loi de leur situation.

L'apport essentiel de ce règlement est d'harmoniser les règles de conflit de lois applicables au régime matrimonial entre 18 des 28² États membres de l'Union européenne³ en prévoyant l'application d'une loi unique à l'ensemble des biens des époux. Les praticiens apprécieront également l'abandon de la mutabilité automatique qui avait conduit à la très faible adhésion des États à la Convention de La Haye⁴.

2. À l'heure où sont rédigées ces lignes, le Royaume-Uni est encore membre de l'Union européenne, mais il s'agit de plusieurs secteurs juridiques, dont l'Angleterre et le Pays de Galles forment une juridiction unitaire et (par exemple) l'Écosse est une autre juridiction faisant application de lois différentes.

3. Les États participant à la coopération renforcée dans le cadre de ce règlement sont : la Belgique, la Bulgarie, Chypre, la République Tchèque, l'Allemagne, la Grèce, l'Espagne, la France, la Croatie, l'Italie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, l'Autriche, le Portugal, la Slovaquie, la Finlande et la Suède. L'Estonie a annoncé sa décision de participer au règlement.

4. La convention de La Haye du 14 mars 1978 n'est entrée en vigueur qu'en France, aux Pays-Bas et au Luxembourg.

B. - Choix de la loi applicable au divorce

8 - Le contrat de mariage peut également intégrer, dans son corpus ou dans un acte séparé⁵ un choix de loi applicable au divorce, sur le fondement du 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.

Ce choix de loi ne concernera que le principe même du divorce, c'est-à-dire les causes du divorce. Les conséquences patrimoniales du divorce seront quant à elles régies par la loi applicable au régime matrimonial et celle applicable aux obligations alimentaires.

Conformément audit règlement, les époux peuvent choisir, par contrat de mariage, de désigner la loi de l'État de la résidence habituelle des époux, la loi de l'État de leur dernière résidence habituelle, pour autant que l'un d'eux y réside encore ; ou la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux (dans l'hypothèse d'une procédure s'ajouterait la loi du for).

C. - Choix de la loi applicable aux obligations alimentaires

9 - Les époux peuvent enfin choisir la loi applicable à leurs obligations alimentaires sur le fondement du règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, renvoyant au Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

La notion d'obligation alimentaire doit ici être entendue au sens européen du terme : elle intègre notamment la prestation compensatoire due en cas de divorce.

Le protocole de La Haye permet aux époux de choisir la loi de la nationalité ou de l'État de la résidence habituelle de l'un d'eux, la loi de leur régime matrimonial ou la loi applicable à leur divorce. Mais une loi qu'ils choisissent et qui leur permet d'écarter l'obligation de payer une prestation compensatoire ou de la réduire d'une manière substantielle risque d'être déclarée contraire à l'ordre public international en France.

D. - Synthèse

10 - Le droit international privé français offre donc de nombreuses options et laisse une part importante aux époux quant à la possibilité de choisir la loi applicable aux différents aspects de leurs relations patrimoniales et extrapatrimoniales.

5. Dans l'hypothèse où le contrat de mariage comprendrait divers choix de lois, il conviendrait de préciser de manière non-équivoque dans l'acte les conséquences d'une modification ultérieure sur l'un seulement des différents aspects du contrat (loi applicable au régime matrimonial, choix d'un régime, loi applicable aux obligations alimentaires ou au divorce, etc...). De manière pratique, il pourra être prévu que ces différents aspects seront dissociables, de sorte qu'une modification de l'un d'entre eux n'entraînera aucune conséquence sur les autres. Mais il pourrait également être prévu une indissociabilité afin de conserver l'équilibre du contrat (par exemple, indissociabilité entre la loi applicable au régime matrimonial et celle applicable aux obligations alimentaires).

Conseil pratique :

De manière pratique, nous recommandons le plus souvent d'harmoniser ces différents choix pour appliquer une même loi aux différents aspects du contrat. En effet, chaque législation est pensée de manière globale : du point de vue français, l'application stricte résultant de la liquidation d'un régime de séparation de biens pourrait apparaître inéquitable par certains droits étrangers (*V. ci-après*). Mais cette iniquité est en réalité compensée par l'attribution d'une prestation compensatoire, ou d'un droit successoral. Afin de maintenir un équilibre dans les rapports entre époux, il apparaît donc de bonne pratique de faire converger la loi applicable au régime matrimonial et celle relative aux obligations alimentaires entre époux.

Mais cet équilibre construit autour d'un contrat de mariage pourrait être remis en cause en cas de saisine d'un juge anglais : ce dernier ferait en effet application de ses propres règles, pouvant aboutir à une situation complètement opposée à l'équilibre imaginé initialement par les époux (*V. ci-après*).

En vue d'anticiper les conséquences d'un éventuel divorce, il convient donc de prêter une attention particulière aux règles de compétence juridictionnelle. Cette matière est régie, du point de vue français et anglais, par le règlement dit « Bruxelles II bis »⁶, lequel prévoit plusieurs chefs alternatifs de compétence, fondés notamment sur la résidence habituelle de l'un ou l'autre des époux, de la nationalité ou du domicile commun⁷. Au regard de ces critères, le juge anglais pourrait ainsi se déclarer compétent : or du point de vue anglais, l'anticipation des conséquences du divorce est formalisée dans un *prenuptial agreement* et non dans un contrat de mariage.

2. Le point de vue anglais : le *prenuptial agreement*

11 - Si le *prenuptial agreement* est lui aussi signé en vue d'organiser les rapports entre époux, son champ est cependant distinct de celui d'un contrat de mariage.

Du point de vue anglais, le mariage ne modifie en rien les relations patrimoniales entre les époux : cependant en cas de divorce, le juge anglais peut procéder à une *equitable distribution*, ce qui signifie qu'il dispose de la faculté d'attribuer à l'un des époux certains droits sur les actifs du couple (qu'ils soient ou non qualifiés de propres / personnels ou communs du point de vue français) afin de rétablir un certain équilibre financier entre les époux (*V. ci-après*). Par ailleurs, le droit anglais prévoit que la loi applicable en cas de divorce est toujours la loi anglaise.

Afin d'éviter que cette *equitable distribution* soit laissée à la libre appréciation des juges, la pratique a développé les *prenups* afin d'anticiper sur l'éventuel divorce et de prévoir, par avance, les conséquences patrimoniales de la désunion. Aux termes de leur *prenup*, les époux peuvent ainsi convenir du sort de certains biens, de l'attribution d'une somme déterminée à l'un des

6. Cons. UE, règl. (CE) n° 2201/2003, 27 nov. 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000.

7. Cons. UE, règl. (CE) n° 2201/2003, 27 nov. 2003, préc. note 6, art. 3.

époux, laquelle peut notamment varier en fonction de la situation familiale (indemnité augmentant au fil des années, variation en fonction du nombre d'enfants, etc.).

12 - Afin d'assurer une efficacité suffisante à ces accords, les époux devront respecter certaines recommandations : en premier lieu, chacun devra être assisté d'un conseil indépendant (avocat). Le *prenup* est en effet un contrat qui se négocie, parfois âprement.

Par ailleurs, chacun des époux devra révéler à l'autre son patrimoine et plus généralement toutes ses ressources en capital comme en revenu, afin que chacun puisse négocier le *deal* de manière juste et éclairée. Il convient de préciser que ce patrimoine comprend non seulement les actifs actuels, mais également ceux « espérés », tels que les biens qui pourraient advenir par donation ou succession.

Enfin, le consentement libre et éclairé ne saurait être obtenu sous la contrainte du temps : le *prenup* devra donc être négocié en amont de la célébration du mariage, et un délai raisonnable entre sa signature et le mariage sera nécessaire.

3. Quelles recommandations ? Comment arbitrer entre un contrat de mariage et un *prenup* ?

13 - Choisir entre un contrat de mariage et un *prenup* apparaît comme un pari risqué. Un contrat de mariage français pourrait ainsi être écarté par un juge anglais (*V. ci-après*). À l'inverse, un *prenup* présenté dans le cadre d'une procédure de divorce ouverte en France se heurterait à de nombreuses difficultés pratiques : notamment, certaines dispositions pourraient constituer un accord anticipé sur un montant de prestation compensatoire, non admis en droit français.

Faut-il alors les cumuler ? Les risques n'en paraissent pas moins nombreux : la multiplication des instruments augmente la probabilité d'incohérence ou de contradiction ; faut-il considérer que le dernier signé prévaut sur l'autre, voire l'annule ? Le juge saisi ne sera-t-il pas tenté de ne retenir que l'instrument issu de son propre ordre juridique, ou à tout le moins, de le faire prévaloir sur l'autre ?

14 - Ces solutions ne présentent donc pas les gages de prévisibilité souhaitée lors de la conclusion d'un tel contrat. Une solution, certes plus complexe à mettre en œuvre, mais assurant une sécurité et une efficacité plus fortes tant en France qu'en Angleterre, nous semble préférable : un contrat transnational reprenant les dispositions d'un contrat de mariage français et qui, à la fois, répond aux exigences d'un *prenup* anglais.

Cette pratique permet de cumuler l'efficacité juridique de ces deux outils (contrat de mariage et *prenup*) au sein d'un même acte, ce qui assure d'une part sa reconnaissance formelle tant en France qu'en Angleterre, et d'autre part écarte tout risque de contradiction entre deux *instrumentum* dont les périmètres se superposent sans pour autant se confondre. Il contraindra ainsi le juge à analyser la convention non sous le prisme de son seul droit interne (contrat de mariage vs *prenup*), mais en considération de l'équilibre global que les époux auront clairement mesuré.

En pratique :

De manière pratique, ces conventions peuvent être reçues en la forme authentique française. Elles nécessitent outre l'intervention d'un voire deux notaires, celle d'avocats britanniques et le cas échéant français (notamment s'il n'y a qu'un notaire), assistant chacun l'une des parties. À cette occasion, chaque époux sera amené à présenter une liste de son patrimoine présent et à venir.

Lors de la rédaction de ce contrat, il conviendra de ne pas se limiter à indiquer des choix de loi applicable ou de régime matrimonial (ex : choix de la séparation de biens de droit français) mais de préciser clairement les conséquences de ces choix⁸ et de leurs modifications ultérieures, afin d'une part que ce contrat puisse être aisément compris par un juge, qu'il soit anglais ou français, et d'autre part qu'il soit justifié de la totale compréhension des époux sur leur engagement.

Un travail de présentation du contexte dans lequel les époux ont conclu leur accord, et d'explication des notions juridiques utilisées dans le contrat, notamment à l'aide de définitions et d'exposés préalables, même pour des termes basiques du droit français (définition des biens propres, personnels, communs ou indivis, de la pension alimentaire, etc.) est indispensable. De la même manière il est indispensable d'écarter expressément la notion d'*equitable distribution*, même si pour le praticien français cela va de soi dans un contrat de séparation des biens. Un tel acte ne peut ainsi être élaboré qu'en co-rédaction avec nos partenaires britanniques, habitués de cet exercice rédactionnel.

Il convient également d'insérer des clauses d'anticipation de modifications futures du cadre juridique (évolutions jurisprudentielles ou législatives) : des clauses prévoyant que de telles modifications ne rendront pas le contrat caduc devront être prévues. Corrélativement, on peut insérer l'intention de profiter de tel ou tel changement législatif qui permettrait de donner force obligatoire à ce qui ne serait pour l'instant qu'un souhait des parties.

Enfin, le champ d'application territorial de ces conventions devra être précisé : une référence expresse au souhait des époux d'appliquer leur contrat même en dehors du ressort des juridictions françaises, et notamment en Angleterre, devra être systématiquement intégrée.

Cet exercice est bien évidemment plus difficile et nécessite de travailler en étroite collaboration avec nos partenaires au Royaume-Uni. Notre travail consiste ici à comprendre les attentes et les impératifs du droit étranger afin d'apporter à nos clients la solution la plus pertinente.

Tel est d'autant plus le cas qu'un contrat qui s'écarterait trop de l'ordre public de l'autre pays risquerait de ne pas être pris en considération : ainsi un contrat qui n'assurerait pas les besoins (au sens anglais, généreux, du terme)⁹ risquerait d'être écarté par le juge anglais, dans un contexte où l'on rappelle qu'il n'est toujours pas possible de choisir le juge compétent pour prononcer le divorce. L'on s'expose comme on l'a vu au même risque en France avec les lois étrangères qui permettent d'écarter le paiement d'une prestation compensatoire ou d'en réduire le montant d'une manière substantielle.

8. Sur les précisions à apporter sur la dissociabilité ou l'indissociabilité des différentes dispositions du contrat, *V. note 5*.

9. Sur la notion de besoin au sens anglais, *V. n° 21*.

SCÈNE 2 : L'ADOPTION

Faits du cas pratique :

Après leur mariage, le couple restera installé à Londres, où ils auront un enfant, Eva. Madame Smith décidera alors de cesser toute activité professionnelle pour s'occuper de ses enfants et de son mari. Monsieur de Gand décidera quant à lui d'adopter Adam, qu'il élève et considère comme son fils. Le père biologique d'Adam continuera cependant d'entretenir de bonnes relations avec lui.

15 - Nous ne reviendrons pas ici sur les conditions ni sur les formalités d'une requête en adoption. Tout au plus rappellerons-nous que du point de vue français, les conditions de l'adoption sont régies par la loi nationale de l'adoptant (*C. civ.*, art. 370-3), que dans la situation visée les tribunaux français sont compétents (*CPC*, art. 1166, al. 2), et que les effets d'une adoption prononcée en France sont ceux de la loi française (*C. civ.*, art. 370-4).

Notre objectif est ici de déterminer les intérêts civils et fiscaux d'une adoption d'Adam par Monsieur de Gand.

1. Le point de vue français

16 - L'adoption en France peut revêtir deux formes :

- l'adoption simple, qui maintient les liens de filiation avec la famille d'origine et y ajoute un nouveau lien de filiation avec l'adoptant ;
- et l'adoption plénière, qui substitue au lien de filiation avec la famille d'origine celui avec celle de l'adoptant.

17 - Dans le cadre de familles recomposées, l'adoption de l'enfant du conjoint présente des intérêts bien connus, pour lesquels l'adoption simple apparaît suffisante. En effet, l'adoption simple, tout en conservant le lien de filiation avec la famille d'origine, permet à l'adopté d'obtenir les mêmes droits successoraux que les autres enfants de l'adoptant.

18 - Sur le plan fiscal ensuite, l'adopté bénéficie du tarif en ligne directe en cas de transmission lorsqu'il s'agit de l'enfant du conjoint (*CGI*, art. 786, al. 2, 1°).

19 - Du point de vue français, l'adoption simple par Monsieur de Gand sécuriserait donc la situation d'Adam à double titre :

- sur le plan civil¹⁰, Adam bénéficiera des mêmes droits héréditaires et réservataires qu'Eva ;
- sur le plan fiscal, Adam bénéficiera du tarif en ligne directe.

En France, l'adoption simple apparaît ainsi comme une solution efficace pour assurer une égalité entre Adam et Eva, tout en limitant la fiscalité successorale entre Monsieur de Gand et Adam.

Elle préserve par ailleurs le lien de filiation avec le père biologique d'Adam.

Compte tenu de la situation internationale, il convient cependant de vérifier les incidences de cette adoption au Royaume-Uni.

2. Le point de vue anglais

20 - Du point de vue anglais, l'adoption emporte obligatoirement rupture du lien de filiation avec la famille d'origine (et n'est possible que pendant la minorité d'enfant) : l'adoption simple prononcée en France pourrait donc être inopposable au Royaume-Uni. Pour autant, la reconnaissance de cette adoption est-elle indispensable ?

21 - **Sur le plan civil.** – Les règles successorales anglaises ne prévoient pas de réserve héréditaire au sens français du terme. Il existe certes une possibilité pour certains proches du défunt d'obtenir une créance contre la succession dans le cas où le défunt entretenait, d'une manière ou d'une autre, une personne et que cette dernière se retrouve, par l'effet d'un testament ou de l'absence de testament, dans une situation de besoin (« *need* », en sens qu'il a des besoins ou « *needs* » non satisfaits).

Cette créance n'est pas réservée aux membres de la famille. Ainsi, Adam pourrait agir contre un testament qui l'ignorerait au même titre qu'Eva, si Monsieur de Gand décidait de les écarter de sa succession.

Il est à noter que la notion de *needs* ne se limite pas aux seuls besoins strictement alimentaires : elle s'entend en réalité de la continuation d'un devoir et d'habitudes que le défunt avait envers certaines personnes de son vivant. Les « besoins »¹¹ sont interprétés comme les « besoins raisonnables » laissés à la discrétion de chaque juge individuel : c'est-à-dire selon le mode de vie commun – normalement plus généreux avec le passage du temps (et le nombre des enfants dépendants) – et toujours fonction des ressources actuelles (incluant les ressources disponibles du débiteur, que ce soit à son nom ou au nom d'un tiers, et en fonction des ressources du créancier d'aliments), le tout permettant de dégager une comparaison du niveau de vie, et des dépenses, entre débiteur et créancier. Il est important de souligner qu'en Angleterre il est normal/attendu que les personnes soient propriétaires, et non pas seulement locataires, de leurs maisons/appartements conjugaux/familiaux.

Compte tenu des objectifs de Monsieur de Gand (établir une égalité stricte entre Eva et Adam), la solution la plus simple consiste donc, du point de vue anglais, à établir un testament aux termes duquel il léguera une part égale à Eva et Adam.

22 - **Sur le plan fiscal.** – L'impôt anglais est déterminé non en fonction de la part reçue par chaque bénéficiaire, mais sur l'*estate*, c'est-à-dire sur la masse nette de succession. L'abattement actuel est de 325 000 £, au-delà l'*estate* est imposé à un taux de 40 %.

23 - Ainsi, il apparaît que du point de vue anglais l'adoption ne présente aucun avantage dès lors qu'il est possible d'établir

10. En cas d'application de la loi successorale française.

11. Art. 2, *Inheritance Provision for Family and Dependants Act 1975* et, dans le contexte d'un divorce, Art. 25(2)(a), *Matrimonial Causes Act 1973*.

l'égalité entre Eva et Adam par testament, sans différence de traitement fiscal entre les enfants.

24 - Conclusion. – Nous recommanderons à Monsieur de Gand d'adopter Adam. La requête sera adressée au juge français en vue d'une adoption simple.

En complément, nous proposerons à Monsieur de Gand un testament aux termes duquel il léguera une part égale à Eva et Adam. Ce testament sera établi en étroite collaboration avec nos partenaires britanniques afin d'assurer sa pleine efficacité tant en France qu'au Royaume-Uni.

Cette structuration fait apparaître le pragmatisme et l'inventivité qu'il convient d'avoir dans le traitement de dossiers internationaux : l'inopposabilité de l'adoption simple au Royaume-Uni qui, *a priori*, aurait pu conduire à écarter cette solution, est finalement sans incidence et, complétée par un testament, la solution proposée permet d'atteindre les objectifs recherchés.

SCÈNE 3 : LE DIVORCE

Faits du cas pratique :

Les enfants étant désormais plus âgés et Monsieur de Gand s'investissant toujours autant dans le développement de l'entreprise de son père, Madame Smith se sent délaissée et décide de reprendre une activité professionnelle. Une opportunité se présente à Paris et les époux conviennent que Madame ira s'y installer avec la petite Eva.

Adam, devenu majeur, restera à Londres pour suivre une scolarité à l'université Kings College. Il vivra avec Monsieur de Gand, qui reste lui aussi à Londres pour continuer de développer la branche de l'entreprise, laquelle connaît une forte croissance.

Après quelque temps, les liens entre Monsieur de Gand et son épouse se distendent peu à peu et il la soupçonne désormais d'entretenir une relation avec l'un de ses modèles à Paris. Dans ce contexte, il s'interroge sur les conditions dans lesquelles un éventuel divorce pourrait intervenir.

25 - Dans le cadre de divorces transnationaux, le temps joue un rôle prépondérant. En effet, dans la mesure où la législation actuelle ne permet pas de choisir à l'avance les juridictions compétentes pour traiter d'un divorce, l'avantage que l'un ou l'autre des époux peut avoir à saisir une juridiction plutôt qu'une autre est bien souvent le prix de la course.

Nous rappelons de nouveau l'importance en cette matière des règles de compétence juridictionnelle¹², pouvant conduire en l'espèce à la saisine tant du juge français¹³ que du juge anglais¹⁴.

12. V. encadré « conseil pratique », n° 10.

13. Sur le fondement de la résidence habituelle du défendeur (en cas de saisine par Monsieur de Gand), de la résidence habituelle du demandeur (en cas de saisine par Madame Smith), et de la nationalité commune des époux. V. Cons. UE, règl. (CE) n° 2201/2003, 27 nov. 2003, préc. note 6, art. 3, a tirets 3 et 6, et b.

14. Sur le fondement de l'ancienne résidence habituelle commune des époux, de la résidence habituelle du défendeur (en cas de saisine par Madame Smith), ou de celle du demandeur (en cas de saisine par Monsieur de Gand).

Or, les conséquences notamment financières du traitement d'un dossier de divorce en France ou au Royaume-Uni sont loin d'être identiques.

1. Divorce en France

26 - Du point de vue français, la rupture du lien marital entraînera des conséquences tant au niveau du régime matrimonial que de la prestation compensatoire.

27 - En présence d'un contrat de mariage. – Le juge français sera tenu d'appliquer les clauses du contrat quant à la qualification et au partage des biens. Il disposera de la faculté de prévoir une prestation compensatoire en vue de limiter les conséquences du divorce en prenant en considération l'impact du divorce sur le train de vie des époux.

28 - En présence d'un simple *prenup* (par opposition aux instruments plus complets évoqués plus haut). – Le juge français devra déterminer le régime matrimonial des époux : en effet, le *prenup* se limitant le plus souvent à anticiper les conséquences d'un éventuel divorce, il existe une incertitude sur le fait de savoir si ce document vaut choix de loi applicable au régime matrimonial.

Une fois le régime matrimonial déterminé et liquidé, le juge devra se prononcer sur l'allocation et le montant d'une éventuelle prestation compensatoire. Dans une telle hypothèse, si les époux ont clairement choisi la loi applicable aux obligations alimentaires : le juge sera tenu de l'appliquer¹⁵. Dans le cas contraire, si les époux n'ont pas pris la précaution d'insérer dans leur contrat une clause de choix de loi expresse désignant une loi qui permet ensuite de prévoir à l'avance une prestation compensatoire (ce que ne permet pas la loi française), il est probable que le juge n'en tienne pas compte.

Dans l'hypothèse d'un divorce par consentement mutuel en France, le *prenup* trouvera son plein effet puisque les époux seront dans un cadre contractuel et que le divorce ne sera pas présenté devant un juge¹⁶.

2. Divorce au Royaume-Uni

29 - Ainsi que nous l'avons vu ci-avant, le mariage n'entraîne en Angleterre, pendant le mariage, aucune conséquence en termes de transfert de propriété entre les époux. Pour autant, les juges anglais ont élaboré une jurisprudence en vue de rétablir un certain équilibre en cas de séparation d'un couple.

30 - En l'absence de tout accord pré-nuptial entre les époux. – Le juge anglais peut procéder à une *equitable distribution* des actifs du couple à l'effet de compenser les conséquences du mariage. Il peut ainsi décider d'attribuer une

V. Cons. UE, règl. (CE) n° 2201/2003, 27 nov. 2003, préc. note 6, art. 3, a tirets 2, 3 et 5.

15. Pour autant que cette loi ne soit pas contraire à l'ordre public international français. V. n° 9 sur ce point.

16. Il restera cependant à régler la question de l'opposabilité de ce divorce en Angleterre.

somme forfaitaire à l'un des époux, en compensation de la rupture, en capital et/ou en revenu.

En particulier, le juge anglais, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire judiciaire dans chaque cas individuel, doit appliquer une liste de critères très proches de ceux de l'article 271 du Code civil français, et peut ordonner une pension alimentaire à vie (avec ou sans garantie en cas de décès ou défaut du débiteur), et/ou le versement d'une somme en capital, et/ou un transfert de propriété (incluant, le cas échéant, le transfert de rentes). Nonobstant l'absence d'un vrai régime matrimonial anglais, le résultat est désormais souvent, au moins comme point de départ, un partage des acquêts du mariage, auquel pourra s'ajouter le transfert de biens qui auraient été considérés comme propres (« *non marital* ») si cela ne suffit pas pour couvrir les besoins raisonnables du créancier.

31 - En présence d'un *prenup*. – Le juge anglais vérifiera si les conditions du *deal* (divulgaration du patrimoine/ressources, assistance de chaque époux par un conseil indépendant, délai raisonnable entre le contrat et le mariage) ont permis d'aboutir à un accord équilibré. Il prendra en compte non seulement la situation des époux au jour de la conclusion du contrat, mais également l'évolution de la vie du couple (notamment la situation d'un époux qui aurait cessé son activité professionnelle pour se consacrer à l'éducation des enfants). Plus le contrat aura été négocié de manière équilibrée, plus le juge sera enclin à l'appliquer.

Mais il convient de noter qu'il disposera en toute hypothèse d'un pouvoir d'appréciation et sera toujours libre de s'écarter, en tout ou partie, du *prenup*. L'analogie parfois faite du « régime légal anglais » avec la séparation de biens de droit français est donc tout à fait inadéquate : en cas de divorce, la situation se rapprocherait bien souvent plus d'une communauté que d'une séparation de biens, ou (au moins) d'un régime de participation aux acquêts avec une créance de participation.

32 - En présence d'un contrat de mariage étranger. – Le juge anglais adoptera la même approche d'analyse des conditions d'élaboration du contrat¹⁷. Les contrats de mariage « classiques » n'auront ainsi que peu d'effets au Royaume-Uni, faute de conseils indépendants, de véritable négociation entre les époux et d'exclusions expresses des créances matrimoniales financières anglo-saxonnes. La jurisprudence anglaise semble cependant de plus en plus perméable à ces contrats, notam-

ment lorsque le rattachement avec le Royaume-Uni était faible lors de leur conclusion¹⁸.

Par ailleurs, l'insécurité juridique qui résulte du pouvoir discrétionnaire du juge anglais pourrait bientôt se trouver réduite : la Law Commission préconise en effet d'écarter ce pouvoir d'appréciation du juge sous réserve que le contrat pré-nuptial ait été régularisé dans des conditions permettant d'aboutir à un accord équilibré et éclairé entre les époux¹⁹.

CONCLUSION

33 - L'utilisation d'un outil (*prenup* ou contrat de mariage) dans un ordre juridique étranger est ainsi génératrice d'insécurité juridique et donc de risque pour nos clients. La matière matrimoniale dans des situations franco-britanniques est un exemple flagrant des difficultés qui peuvent se présenter à nous en tant que praticiens.

Compte tenu de la mobilité toujours croissante des personnes nous devons adapter nos pratiques, toujours dans un souci d'efficacité et de satisfaction de nos clients. Cela nécessite un travail d'adaptation et d'échanges avec nos homologues étrangers.

Des solutions existent d'ores et déjà : celle ci-dessus proposée d'un contrat de mariage français intégrant tous les éléments d'un *prenup* assure une efficacité et une sécurité juridique renforcée, qu'un simple contrat de mariage ou un *prenup* ne saurait atteindre. ■

To be continued...



L'équipe Rencontres Internationales Althémis. De gauche à droite :
Premier rang : Stéphanie Bohuon et Dorine Rouillon
Deuxième rang : Yann Moreau, Pascal Julien Saint-Amand, Bertrand Savouré et Marie Degout

17. En ce sens, *A. Radmacher v Granatino*, Supreme Court, 20 oct. 2010.

18. *V. Versteegh v Versteegh*, Court of Appeal, 10 mai 2018.

19. www.lawcom.gov.uk/project/matrimonial-property-needs-and-agreements/