

**Analyse** p. 6**Du divorce du couple franco-américain séparé de biens***Par Kenneth WEISSBERG,**Avocat au Barreau de Paris, Foreign legal consultant dans l'État de New York, Associé du cabinet Weissberg Gaetjens Ziegenfeuter***Actualités** p. 4

■ **Le Défenseur des enfants est institué** ■ **Entretien avec M<sup>e</sup> Iwanenko sur le contrat d'assurance-vie** ■ **Réforme de la prestation compensatoire (suite)** ■ **Recours du CNB contre un décret relatif au PACS**

**Tribune** p. 29**Médiation civile et accès aux droits****Les personnes** p. 9**Les héritiers peuvent se prévaloir d'une violation du secret médical mais pas d'une atteinte à la vie privée de leur auteur****Le couple** p. 14**La rupture du concubinage peut donner naissance à une obligation naturelle****L'enfant** p. 20**La Cour de cassation confirme l'élargissement de l'action en recherche de paternité naturelle****Le groupe familial** p. 24**Droits successoraux de l'enfant adultérin : condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme****éditorial**

**L**a proposition de réforme de la prestation compensatoire recueille à l'évidence un large consensus, ainsi qu'en témoigne du reste le vote unanime du texte par l'Assemblée nationale en première lecture. Le versement de la prestation sous forme de capital et l'assouplissement des conditions de révision des rentes en sont les lignes directrices. S'il est difficile d'en contester le bien-fondé, leur mise en œuvre soulève cependant des interrogations.

En effet, pour allouer un capital, encore faut-il que le patrimoine du débiteur le permette, ce qui n'a rien d'évident. Et dans le cas contraire, il n'est pas certain que la mise au point de formules de crédit à des taux préférentiels pour permettre d'emprunter la somme nécessaire au paiement de la prestation, comme l'envisage l'ARPEC (v. RJPF-1999-9/2), suffise à écarter l'obstacle : la perspective de souscrire un prêt onéreux sur plusieurs années risque de décourager les candidats.

Pour ces raisons, on peut donc craindre que les magistrats soient tentés de continuer à allouer des rentes, surtout s'ils savent qu'elles pourront être facilement révisées. Quant à l'obligation de ne statuer ainsi que par une décision spéciale et motivée, rien ne dit qu'elle sera susceptible de modifier une pratique qui avait cours alors que la loi de 1975, rappelons-le, consacrait déjà le principe du versement de la prestation en capital.

Stéphane Valory, *Rédacteur en chef*



Par **Kenneth WEISSBERG**,  
Avocat au Barreau de Paris,  
Foreign legal consultant dans  
l'État de New York, Associé du  
cabinet Weissberg Gaetjens  
Ziegenfeuter

RJPF-2000-3/12

# Du divorce du couple franco-américain séparé de biens

*Le divorce d'époux de nationalités française et américaine mariés sous le régime de la séparation de biens soulève un certain nombre de difficultés. Dues aux différences qui séparent les systèmes juridiques en vigueur en France et aux États-Unis, elles portent essentiellement sur la compétence juridictionnelle et la détermination de la loi applicable à la liquidation du régime matrimonial. Il est possible de les anticiper, notamment en insérant dans le contrat de mariage les clauses adéquates et en ayant connaissance de certaines règles de procédure.*

**L**e recensement des difficultés soulevées par le divorce du couple franco-américain séparé de biens (I) est nécessaire pour proposer des solutions (II).

## I - LES DIFFICULTÉS SOULEVÉES

L'appréciation par un juge américain d'un contrat de mariage conclu en France est rendue difficile par une acception radicalement différente du contrat de mariage en droit français et américain (A). Le défendeur français à une procédure en divorce intentée aux États-Unis encourt alors des risques importants (B).

A - L'acception différente du contrat de mariage

### 1. La forme du contrat

Le contrat de mariage, c'est l'écrit dressé par le notaire. Cette exigence traditionnelle du droit français est une condition de validité dont l'inobservation est sanctionnée par la nullité absolue (C. civ., art. 1394).

Au formalisme de cette règle s'oppose un certain libéralisme du droit américain et

notamment du droit applicable dans l'État de la Floride, qui déclare valables et exécutoires les contrats de mariage passés oralement entre époux. Cette disposition a de quoi surprendre quand on sait combien il est difficile pour un époux d'établir la preuve de sa propriété sur un bien.

En outre, s'agissant de la date de la conclusion du contrat de mariage, l'article 1395 du Code civil pose en principe qu'il doit être rédigé avant la célébration du mariage. Cette règle a pour conséquence principale que le contrat est caduc si le mariage n'est pas célébré. Les époux peuvent naturellement opter pour un tel régime après la célébration du mariage, mais il s'agit alors d'un changement de régime matrimonial, subordonné à un délai de deux ans et à l'homologation par le président du tribunal de grande instance avant de pouvoir être exécuté. Dès lors, il est naturellement préférable pour les époux d'opter pour l'établissement contractuel de leur régime matrimonial avant la célébration du mariage.

Le droit américain est comparativement plus souple puisqu'il reconnaît la validité du contrat de mariage conclu tant anté-

rieurement que postérieurement à la célébration du mariage.

### 2. La finalité et le contenu du contrat

Le contrat de mariage français a pour objet, outre la répartition des pouvoirs entre les époux, la fixation de leur régime matrimonial. C'est même là son objet principal, ainsi que le confirment du reste les articles 1387 à 1393, alinéa 1 du Code civil. En revanche, et c'est là une différence fondamentale, les époux américains doivent déterminer dans cet acte leurs droits respectifs en cas de dissolution du mariage.

Le contrat de mariage, traditionnellement considéré en droit français comme un pacte de famille, contient pourtant d'autres clauses que celles relatives à la détermination du régime matrimonial. L'un des exemples les plus classiques est la constitution de dot ou encore les donations entre futurs époux. Il faut ajouter que peut y figurer une déclaration d'apports, à savoir l'énumération des biens dont chacun est propriétaire au moment où l'acte est dressé. Cette pratique, qui ne présente aucun

caractère obligatoire au regard du droit français, a progressivement connu un déclin. Alors qu'en 1898, plus de 92 % des contrats de mariage comportaient une constatation d'apports, seulement 50 % des époux y procédaient en 1962 (1). Pourtant, cette déclaration présente de nombreux intérêts. Concernant les meubles, il s'agit d'un intérêt probatoire. Des règles de preuve de la propriété entre époux séparés de biens édictées par l'article 1538 du Code civil, il résulte en effet qu'en l'absence de déclaration, certains meubles, qui sont intrinsèquement propres, risquent fort d'être considérés comme communs lors de la dissolution du régime, faute pour l'époux intéressé de ne pas parvenir à renverser la présomption d'acquêts. Dans cette perspective, et dans le cas seulement où le contrat

## NOTES

(1) M. Fauchoux, *Le choix du régime matrimonial*, thèse, Paris II, 1979, vol. 1, p. 105 et 110.

(2) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 déc. 1988, Bull. civ. I, n° 345.

(3) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 janv. 1995, Bull. civ. I, n° 56.

(4) CA Versailles, 20 déc. 1988,

est passé postérieurement à la célébration du mariage, le droit américain exige que les époux « révèlent » en annexe du contrat l'état de leurs finances. La validité de l'accord sera alors subordonnée à l'établissement de bonne foi par les époux de la liste de leurs biens et revenus. Cette règle se justifie par la nécessité de fixer contractuellement les droits de propriété de chaque époux et se révélera fort utile en cas de dissolution du mariage.

De ce décalage entre deux conceptions du droit, il résulte des risques pour l'époux français attrait devant les tribunaux américains.

B - Les risques encourus par le défendeur français

Parmi les clauses susceptibles de figurer au contrat de mariage, les époux peuvent désigner la loi qui gouvernera leur régime matrimonial. Cependant, une telle clause attributive de compétence est rarement insérée dans les contrats entre époux de nationalités différentes car la teneur de l'accord fait normalement apparaître avec une clarté suffisante à quelle loi le rédacteur s'est référé.

Le principe, clair dans son énoncé, ne manque cependant pas de soulever des difficultés d'application. Dans le cas d'époux de nationalités française et américaine ayant opté en France et par contrat pour le régime de la séparation de biens, le risque subsiste que le juge américain se déclare compétent dans la procédure de divorce les opposant. Certains indices intrinsèques au contrat lui-même, tels notamment les lieux de conclusion du contrat et de célébration du mariage, ou encore la première résidence habituelle des époux, seront jugés insuffisants par le juge américain pour admettre que les époux ont voulu soumettre au droit français le régime matrimonial et sa liquidation.

D. 1989, *som.*, p. 258.

(5) CA Paris, 30 janv. 1965, *Rev. crit. DIP* 1966, p. 473.

(6) CA Paris, 28 sept. 1979, *Rev. crit. DIP* 1980, p. 109.

(7) V.J.-Cl. *Droit international*, Fasc. 581-30.

(8) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 janv. 1995, *D. 1995, jur.*, p. 471.

Outre le risque financier auquel s'expose l'époux français dont le divorce est jugé par les tribunaux américains, ces derniers peuvent également écarter le contrat français s'il n'est pas conforme aux règles américaines. Ainsi, le régime de la séparation de biens, tel qu'il est régi par le droit français, est réputé être par nature inéquitable pour l'époux ne disposant que de peu ou pas de biens propres, contraire à l'ordre public et, à ce titre, peut être déclaré nul. De même, un contrat de mariage passé en France ne contenant pas en annexe de liste des biens risqué d'être pareillement écarté s'il est invoqué devant les juridictions américaines.

Pour liquider le régime matrimonial, le juge américain aura alors recours à la théorie de l'« *equitable distribution* ». Il s'agit d'une règle d'équité selon laquelle les revenus et biens acquis au cours du mariage sont des biens matrimoniaux qui seront, à ce titre, divisés équitablement entre les époux. Cette théorie, applicable dans la plupart des États américains (New York, Californie, Floride notamment), se substitue à une pratique antérieure qui consistait pour chaque époux à conserver ses biens propres et revient à ne tenir aucunement compte de ce qui a été stipulé au contrat de mariage. Or, la mise en œuvre d'une distribution équitable entre époux peut aboutir à des résultats désastreux, allant jusqu'à un partage du patrimoine par moitié entre époux. En outre, cette théorie favorise certaines manœuvres frauduleuses de la part d'un époux. À titre d'illustration, le conjoint américain qui demande le divorce pourra prendre de vitesse son époux français et porter le procès aux États-Unis dans le but d'échapper à la compétence des tribunaux français et à l'application de la loi française, notamment en ce qui concerne la liquidation du régime matrimonial.

## II - LES SOLUTIONS ENVISAGEABLES

Plusieurs mesures sont envisageables pour remédier à ces inconvénients. Il est d'abord possible de les prévenir lors de

la rédaction du contrat de séparation de biens (A). Ensuite, le privilège de juridiction de l'article 14 du Code civil peut être invoqué pour imposer la compétence du juge français (B). Enfin, devant les tribunaux américains, le recours à la théorie du *forum non conveniens* permet parfois d'aboutir au même résultat (C).

**« Au vu des enjeux financiers et procéduraux, il est capital que le notaire, au titre de son devoir de conseil, incite les futurs époux à inclure dans le corps même du contrat de mariage la liste des biens propres de chacun des époux, une clause attributive de compétence et une disposition selon laquelle l'époux américain a parfaitement compris le texte en français. »**

A - La rédaction du contrat de séparation de biens

Au vu des enjeux financiers et procéduraux, il est capital que le notaire, au titre de son devoir de conseil, incite les futurs époux à inclure dans le corps même de leur contrat de mariage :

- la liste des biens propres de chacun des époux ;

- une clause attributive de compétence. La désignation de la loi applicable doit faire l'objet d'une stipulation expresse ou résulter indubitablement des dispositions du contrat de mariage. Cette règle est d'ailleurs énoncée dans la Convention de La Haye du 14 mars 1978 relative à la loi applicable aux régimes matrimoniaux (art. 11). Cette convention, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 1992 en France, constitue le seul corps de règles applicable dans son intégralité au régime matrimonial d'époux dont le mariage a été célébré après cette date. En outre, il convient de préciser que le choix des époux est laissé à leur entière discrétion, le droit français admettant l'autonomie totale de leur volonté, de sorte qu'ils pourraient choisir une loi avec laquelle ils ne présentent aucun lien ;

- une disposition selon laquelle l'époux américain a parfaitement compris le texte en français. Idéalement, il faudrait prévoir une traduction jointe à l'acte notarié afin que l'époux dont le français n'est pas la langue maternelle ne puisse invoquer, lors d'une instance en divorce, une quelconque fraude ou tromperie de la part de son conjoint.

B - L'article 14 du Code civil

L'article 14 du Code civil consacre la compétence internationale des juridictions françaises dès lors que l'un des plaideurs est français. Il ressort des termes de cette disposition que « l'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français ». La compétence de l'ordre juridictionnel français dépend ainsi de la seule nationalité française du demandeur et est donc indépendante de toute autre attache du litige avec la France. Sont indifférents le domicile et résidence de ce demandeur, les nationalités, domicile et résidence du défendeur, la loi applicable au fond et, plus généralement, les éléments de rattachement du litige avec tel ou tel pays.

Selon la Cour de cassation, le privilège de juridiction édicté par l'article 14 du Code civil a pour seul fondement la nationalité française du demandeur et ne peut être tenu en échec par les règles générales de compétence territoriale lorsque celles-ci

ne donnent pas compétence aux tribunaux français (2). La Haute juridiction a réaffirmé en 1995 que la compétence internationale des juridictions françaises résultant de ce texte est fondée non sur les droits nés des actes ou faits litigieux mais sur la nationalité française du demandeur à l'instance (3). Ainsi, la nationalité française du demandeur en divorce en France est une condition nécessaire et suffisante pour attirer son époux, de nationalité américaine, devant les tribunaux français et pour refuser de se soumettre à la juridiction américaine.

La Cour de cassation confère un caractère exclusif à la compétence française reposant sur les articles 14 et 15 du Code civil. Aussi, dans l'hypothèse où la compétence française repose sur lesdits articles, il ne peut y avoir de situation de litispendance. À ce titre, la jurisprudence considère que l'exception de litispendance ne peut être invoquée lorsque le litige met en

cause un Français qui n'a pas renoncé au privilège de juridiction des articles 14 et 15 (4). Peu importe qu'une procédure de divorce ait été engagée par l'épouse aux États-Unis préalablement à celle engagée par son époux. La cour d'appel de Paris a jugé en 1965 qu'une demande en séparation de corps introduite en Italie ne saurait priver le demandeur français du bénéfice de l'article 14 à l'occasion d'une instance en divorce devant un tribunal français (5). Dans le même sens, la saisine d'un tribunal de Floride ne vaut pas renonciation à l'article 14 (6).

Parce qu'elle est fondée sur la seule nationalité du demandeur, cette compétence des tribunaux français instituée par l'article 14 est vivement critiquée : d'abord en raison de son caractère nationaliste ; ensuite parce qu'elle néglige ouvertement la règle *Actor sequitur forum rei*. Pourtant, parce qu'il exprime une certaine conception du juge naturel, l'article 14 ne manque pas de défenseurs. La doctrine fait valoir que les

juges français sont les juges naturels des Français et que, à ce titre, ils leur doivent toujours justice (7). Surtout, l'intérêt de saisir un tribunal français est évident lorsque le défendeur étranger est domicilié à l'étranger. Mais il va de soi que la saisine d'une juridiction française n'a de sens que si le demandeur français peut procéder à l'exécution en France du jugement à intervenir. Au cas où l'exécution sur place ne pourrait être envisagée, le plaideur français sera bien avisé de vérifier avant de saisir un tribunal français que le jugement à venir pourra être exécuté au lieu où le débiteur possède ses biens.

#### C - Le recours à la théorie du *forum non conveniens*

Les jurisprudences anglaise et américaine ont développé l'idée selon laquelle le tribunal saisi d'un litige international peut se déclarer incompétent au profit du tribunal d'un autre pays s'il considère, d'une part, qu'il est mal placé pour

connaître de ce litige et, d'autre part, que ce tribunal étranger est plus indiqué pour statuer, *more conveniens*. Cela constitue un frein à la tendance croissante de « *forum shopping* » de la part de plaideurs qui tentent d'éluder la compétence normale des tribunaux d'un pays pour obtenir dans un autre pays un jugement favorable destiné à être exécuté dans le premier pays. C'est l'exemple des époux qui, pour échapper à la prohibition édictée par leur loi nationale, divorcent au Nevada ou au Mexique, dont les juridictions admettent facilement leur compétence et appliquent la loi de leur État.

Cette doctrine, appliquée largement à travers les États-Unis, reste pourtant étrangère à notre compréhension de la compétence internationale. Le dernier état de la jurisprudence de la Cour de cassation montre que notre droit international privé est pour le moment peu favorable à l'admission du *forum non conveniens* (8).