

AJ Famille 2020 p.167

L'impossible existence du concept de « régime matrimonial » dans les pays de *common law*

Ou comment faire entrer un « cercle » dans un carré ? 📖(1)

**Delphine Eskenazi, Avocate aux barreaux de Paris et de New York, Associée du cabinet Libra Avocats
Inès Amar, Avocate au barreau de New York, admise au barreau de Paris**

Le régime matrimonial est une notion cardinale en droit de la famille français, notamment en cas de divorce des époux.

En droit européen, la notion de « régime matrimonial » avait été définie par l'arrêt *De Cavel I* 📖(2) et a d'ailleurs été reprise à l'identique dans le récent Règlement européen « Régimes matrimoniaux » 📖(3), comme incluant « non seulement les régimes de biens spécifiquement et exclusivement connus par certaines législations nationales en vue du mariage, mais également tous les rapports patrimoniaux entre les époux et dans les relations de ceux-ci avec des tiers résultant directement du lien conjugal ou de la dissolution de celui-ci ».

Il existe, en outre, en principe, une distinction fondamentale entre le régime matrimonial et l'obligation alimentaire. L'arrêt fondateur de la CJCE, *Van den Boogaard* 📖(4), délimite en effet les deux notions en fonction de l'objectif recherché par la décision en cause. Ainsi, si son objet est d'assurer l'entretien d'un époux dans le besoin, ou si les besoins et les ressources de chaque époux sont pris en considération pour déterminer son montant, alors la décision a trait à une obligation alimentaire. Au contraire, si l'objet de la décision concerne uniquement la répartition des biens entre les époux, alors il s'agit d'une question de régime matrimonial.

Les enjeux en droit international privé liés à ces qualifications en « régime matrimonial », d'une part, et en « obligations alimentaires », d'autre part, ont été exacerbés par l'entrée en vigueur du Règlement « Régimes matrimoniaux » le 29 janv. 2019, qui fixe des règles strictes de compétence et de loi applicable. Dans le cas d'un divorce, ce Règlement est appliqué en France de façon imbriquée avec le Règlement européen sur les obligations alimentaires, en vigueur depuis le 18 juin 2011. Pour cette raison, les praticiens doivent être en mesure de déterminer de façon claire quelles situations entrent dans le champ d'application du Règlement « Régimes matrimoniaux », et quelles situations relèvent au contraire des instruments européens relatifs aux obligations alimentaires 📖(5).

Ainsi, en droit interne, si le juge français prend en compte des facteurs centrés autour des besoins des époux, on sera en présence d'obligations alimentaires entre époux, comme la prestation compensatoire ou la pension alimentaire au titre du devoir de secours pendant la procédure de divorce. Au contraire, ces critères ne seront en principe d'aucune utilité au stade de la liquidation du régime matrimonial dans la mesure où la notion de « besoins » n'est pas prise en compte.

Dans les pays de *common law* 📖(6), à l'instar du juge français, les juges anglais et américains distinguent bien le versement d'une pension alimentaire après divorce et la répartition des biens. Cependant, concrètement, alors que le juge français met en oeuvre mathématiquement les règles applicables à la liquidation du régime matrimonial, pour les juges des pays de *common law*, la répartition des biens se fera selon des critères bien plus subjectifs et discrétionnaires.

La véritable difficulté réside dans le fait que la notion de « régime matrimonial » est un concept tout simplement inexistant dans ces pays. Or, la pratique française ignore très souvent les spécificités des règles des pays de *common law* en matière de division des biens des époux au moment du divorce, puisque, par le truchement d'une fiction très artificielle, on tente d'assimiler ces règles à celles d'un régime matrimonial analogue en droit français.

Le praticien français de droit international privé de la famille se retrouve alors confronté à une situation identique à celle d'un enfant qui essaierait désespérément d'emboîter un cercle dans un carré, sans en déformer pour autant les contours. Cet emboîtement n'est simplement pas possible et il est illusoire de vouloir nécessairement appliquer par similarité les règles des régimes matrimoniaux français.

L'objet de cet article est de décrire, par comparaison avec le droit français, les règles existant dans les pays de *common law* en matière de gestion des biens pendant le mariage et en cas de divorce (1^{re} partie).


Cette analyse permettra de comprendre que l'analogisme avec les règles du code civil français est impossible, si volonté véritable il y a d'appliquer les règles étrangères (2^e partie).

1. Règles de gestion et de division des biens dans les pays de *common law*



1.1. Règles de gestion des biens des époux pendant le mariage

Règles françaises - En droit interne français, le mariage aura une conséquence directe sur le patrimoine des époux et la gestion des biens accumulés pendant sa durée. La vie commune sera en effet gouvernée par le régime légal de la communauté réduite aux acquêts, en l'absence de choix d'un régime différent par les époux ; mais d'autres règles très différentes s'appliqueront pour la gestion des biens pendant le mariage si un autre régime matrimonial s'applique.

Exemple - Sous le régime français de la communauté, l'actif commun est composé des acquêts obtenus après le mariage et des fruits des biens propres, et l'actif propre est composé des biens acquis soit avant le mariage, soit après le mariage par succession, donation ou legs. Le passif se compose des dettes nées pendant la communauté (sauf récompenses). Si chaque époux peut administrer seul les biens communs, il ne peut en disposer seul.

Règles anglaises - À l'inverse, pendant la durée de la vie commune, le régime anglais ressemble plus à un régime de séparation de biens dans le sens où le mariage est réputé n'avoir aucune incidence sur les droits de propriété des époux  (7). Cette absence d'interdépendance entre époux et de solidarité vis-à-vis des créanciers rappelle le régime de séparation de biens à la française.

Ainsi, le mariage est réputé n'avoir aucun impact sur les rapports patrimoniaux des époux : chacun demeure propriétaire de ses biens acquis avant le mariage, et les biens acquis après le mariage lui sont propres comme s'il n'était pas marié. Si bien que, pendant le mariage, il sera fait application des règles du droit commun pertinentes selon les questions abordées.

Exemple - La capacité des époux en matière contractuelle et les questions qui s'y rattachent, comme la responsabilité d'un époux à l'égard des dettes de l'autre, sont régies par le droit des contrats  (8). Le droit des biens et des successions régit d'autres problématiques qui seraient réglées en droit français par le régime matrimonial (par ex., au moment du décès en Angleterre, il n'est pas nécessaire de procéder à une liquidation préalable du régime matrimonial et les règles de dévolution successorale s'appliqueront à tous les biens titrés au nom d'un époux). Concernant le domicile conjugal, s'il est acquis au nom des deux époux, en cas de vente, le prix sera partagé également entre les deux ; et ce, quand bien même l'un des deux aurait payé la totalité ou la plus grande partie du prix, en raison d'une présomption de libéralité qui joue en faveur des couples mariés  (9).

Règles américaines - En droit américain, même si la notion de « régime matrimonial » n'existe pas à proprement parler, le concept est déjà plus présent qu'en droit anglais puisqu'il existe une distinction claire entre les biens communs (« *marital property* ») et les biens propres (« *separate property* »).

La majorité des États retiennent pour principe la séparation de biens. Dès lors, chaque époux peut disposer de ses biens propres, quand bien même les deux époux devront consentir à l'aliénation ou l'hypothèque des immeubles indivis¹⁰. Il existe cependant des variations selon les États américains en cause. Ainsi, si la majorité des États américains sont dit de « séparation de biens », il existe une minorité d'États considérés comme ayant un régime de « communauté d'acquêts » (Arizona, Californie, Idaho, Louisiane, Nevada, Nouveau-Mexique, Porto Rico, Texas, Washington, Wisconsin¹¹). Les règles au moment seront alors différentes comme explicitées ci-dessous du divorce.

1.2. Règles de division des biens au moment du divorce

C'est évidemment au moment du divorce des époux que la question des pouvoirs des juges pour répartir les biens des époux prend généralement toute son importance. Le juge français applique des règles aux antipodes de celles mises en oeuvre par les juges des pays de *common law*.

À l'objectivité et la rigueur - voire parfois l'injustice - des règles civilistes de liquidation du régime matrimonial français s'opposent les pouvoirs discrétionnaires et très subjectifs - dans un souci d'équité - des juges des pays de *common law*¹².

Règles françaises - En droit français, sous le régime de la communauté légale, chaque époux reprend ses biens propres et la masse commune est liquidée puis partagée, afin d'établir les récompenses dues. Sous le régime de la participation aux acquêts, chacun des époux a le droit de participer pour moitié en valeur aux acquêts nets constatés dans le patrimoine de l'autre, et mesurés par la double estimation du patrimoine originaire et du patrimoine final. Sous le régime de la séparation de biens, chaque époux reprend ses biens propres, et il est procédé au partage des biens indivis. L'existence ou non d'un contrat de mariage sera bien évidemment déterminante et le contrat de mariage sera strictement appliqué par les juges français.

En droit français, donc, la liquidation-partage du régime matrimonial se fait sans prendre en compte les besoins des époux, lesquels, en revanche, sont pris en considération lors du calcul de la prestation compensatoire. Les tribunaux rappellent cependant de façon constante que la prestation compensatoire n'a pas pour finalité de compenser le régime matrimonial des époux (notamment en cas de séparation de biens).

Règles anglaises - En droit anglais, au moment du divorce, le juge statue tant sur les effets pécuniaires¹³ (« *financial provision order* », sous forme de paiements périodiques ou de somme forfaitaire) que sur les biens¹⁴ (« *property adjustment, lump sum and pension order* »), et ces déterminations financières sont contenues dans une seule et même décision (« *a financial remedy order* »).

En l'absence de « *prenuptial agreement* » ou de contrat de mariage étranger (v. *infra* en cas de contrat de mariage), le juge, qui tiendra compte des circonstances de chaque dossier, est susceptible de répartir les biens en s'appuyant au départ sur le « critère de la division égale »¹⁵ : il part du principe que les biens seront divisés également entre les deux époux, puis adapte éventuellement les pourcentages en fonction des circonstances, étant souligné cependant que le point de départ doit bien être le partage égal : contrairement au régime légal de droit français, le juge ne distingue pas forcément entre les biens acquis avant et pendant le mariage lorsqu'il effectue cette division. Ce principe

de partage équitable ne pourra trouver à s'appliquer bien évidemment que dans les circonstances où les époux ont un patrimoine et des actifs à partager.

Le juge a le pouvoir de s'écarter d'une division égalitaire selon les circonstances, au regard notamment de la nature des biens en cause⁽¹⁶⁾, des capacités financières respectives des époux ainsi que du niveau de vie pendant le mariage. D'autres facteurs peuvent encore être pris en compte : la durée (courte) du mariage⁽¹⁷⁾ (surtout sans enfant), le fait que les biens aient été reçus en héritage ou par donation s'il existe plus d'actifs que nécessaire pour répondre aux besoins des parties, l'absence de liquidité des actifs existants...⁽¹⁸⁾ (v. en sens les sections 24 et 25 du *Matrimonial Causes Act* de 1973).

En revanche, le fait qu'un seul époux ait perçu des revenus pendant la vie commune ne suffira pas à l'affranchir d'une division égalitaire, le juge anglais considérant que la contribution de l'époux qui s'est consacré à l'entretien de la maison et l'éducation des enfants a, elle-même, été très importante⁽¹⁹⁾ (il ne doit pas y avoir de discrimination entre le « *home maker* », à savoir l'époux qui s'occupe du foyer et le « *bread winner* », à savoir l'époux qui procure des revenus pour le couple).

Enfin, il est important de relever que l'exercice des pouvoirs juridictionnels du juge anglais s'exerce autour des trois concepts de « *compensation* », de « *sharing* » (partage) et de « *needs* » (besoins). Les pouvoirs du juge anglais de « *sharing* » concernent les droits des époux sur les biens, avec comme postulat initial un partage des biens, tandis que la notion de « *needs* » vise à prendre en compte les besoins des époux, et notamment les besoins pour se loger et pour vivre. Le concept de « *compensation* » est rarement mis en oeuvre par les juges anglais⁽²⁰⁾.

Règles spécifiques en cas de présence d'un contrat de mariage - Des limites importantes existent cependant en présence d'un contrat de mariage considéré comme valable et prévoyant des règles de séparation de biens des époux au moment du divorce ; le pouvoir de « *sharing* » du juge anglais sera en principe écarté et les sommes ordonnées seront, sauf cas exceptionnel, fondées uniquement sur la notion de « *needs* » (besoins). On arrive ainsi à un résultat similaire à celui existant devant un juge français, qui aurait strictement appliqué le contrat de séparation de biens et ordonné une somme à titre de prestation compensatoire. Cf. pour une mise en oeuvre de ces principes devant les juridictions anglaises : *Z. Z* (2011), *Luckwell v. Limata* (2014) et *KA v. MA* (2018), même si ce principe a été récemment strictement encadré dans une décision rendue en appel *Brack v. Brack* (2018), qui reconnaît la possibilité, dans certains cas, pour le juge anglais, même en présence d'un contrat de séparation de biens valable, de conserver, dans certaines circonstances exceptionnelles, un pouvoir de « *sharing* ».

Cette distinction est très importante, car elle permet finalement dans une certaine mesure de distinguer les pouvoirs du juge anglais au titre du « régime matrimonial » et ses pouvoirs au titre des « obligations alimentaires » (au sens de cette distinction dans l'arrêt susvisé *Van den Boogard*).

En application de l'ensemble de ces concepts, quand il statue sur les conséquences financières du divorce, le juge va d'abord prendre en compte l'ensemble des actifs (en ce compris les fonds de retraite et investissements liquides et illiquides, comme les dettes) afin de déterminer ceux que les époux recevront respectivement. Il va, ce faisant, procéder à leur partage égal sauf si, en fonction des circonstances, il existe des raisons de ne pas y procéder⁽²¹⁾. Cette répartition, autant que possible, doit permettre de couvrir les besoins en « capital » de chaque époux, interprétés dans un sens large⁽²²⁾.

En plus de ce partage, le juge regardera les revenus et les ressources présentes et futures de chaque époux et pourra ordonner des sommes additionnelles (« *periodical payment* ») qui prendront en compte les besoins en « revenus » (« *income needs* ») de chaque époux. Cette appréciation se fait en fonction du train de vie du couple pendant le mariage, des possibilités et capacités financières de chaque époux de percevoir des revenus permettant de subvenir à ce train

de vie, la nécessité de devoir s'occuper des enfants mineurs, ainsi que l'espérance de vie.

Cette somme sera ordonnée généralement sous la forme d'une rente viagère ou à durée déterminée. L'époux débiteur a néanmoins la possibilité de proposer de payer cette somme en une seule fois (conversion de la rente en « *capitalized maintenance* » §(23)).

En définitive, la méthode suivie par le juge anglais est assez proche des critères suivis par le juge français lorsqu'il statue sur la prestation compensatoire conformément au droit français, puisque le juge français, en application de l'art. 271 c. civ., doit en principe prendre en compte « le patrimoine estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial ».

Règles américaines - Dans la très grande majorité des États américains, au moment du divorce (et également en l'absence de « *prenuptial agreement* »), les époux conservent les biens considérés comme « *separate property* » alors que les biens considérés comme des « *marital property* » sont partagés équitablement en fonction des circonstances entre les époux (« *equitable distribution* »).

La règle n'est donc pas le partage égalitaire, mais le partage « équitable », en fonction des circonstances. Ainsi, si la notion de « régime matrimonial » est inconnue en droit américain, le raisonnement du juge américain se rapproche cependant de celui du juge français dans la mesure où il prend en compte la distinction entre les biens propres et les biens communs, et n'établit pas une division purement égalitaire, sans tenir compte des droits de propriété de chacun.

Parmi les autres facteurs pris en compte par le juge américain pour fixer cette répartition équitable figurent §(24) la durée du mariage, l'âge et la santé des parties, leurs possibilités de revenus, leurs contributions respectives pendant le mariage, le caractère liquide ou illiquide des biens maritaux, etc.

* * *

Cette brève description permet de mettre en exergue toutes les différences fondamentales entre l'approche française et l'approche des pays de *common law*, différences téléologiques, intrinsèquement liées au rôle historiquement dévolu au juge dans ces pays : le pouvoir discrétionnaire du juge doit impérativement être préservé, afin d'arriver à un résultat juste et équitable ; et ce, en fonction des circonstances de chaque affaire §(25).

Comment le juge français peut-il alors mettre en oeuvre ces règles, sans pour autant en perdre leur véritable nature ? Une telle conciliation est-elle possible ?

2. Comment préserver les règles des pays de *common law* en cas de divorce ?

2.1. La fiction de l'assimilation à un régime matrimonial de droit français

De nombreuses difficultés pratiques découlent du défaut de prise en compte dans l'ordre juridique français de l'absence de notion de « régime matrimonial » en *common law*. Les juges internes, non sensibilisés à ces questions, adoptent une vision simplificatrice qui n'est pas nécessairement conforme au droit étranger et qui conduit souvent à des résultats opposés à ceux qui auraient été obtenus dans le pays dont le droit est applicable.

La fiction de l'assimilation du régime anglais à un régime de séparation de biens, nonobstant le principe de partage égalitaire au moment du divorce - Le juge français assimile généralement le « régime légal » anglais à un régime de séparation de biens §(26). Cette analogie est acquise notamment en doctrine §(27).

Ceux qui assimilent le régime anglais à une séparation de biens y reconnaissent des imperfections, formulées comme « exceptions au principe de séparation » (28).

Exemple - En droit français, l'époux séparé de biens demeure contraint de participer aux charges du ménage à hauteur de ses facultés, ou de la proportion prévue dans le contrat de mariage. En droit anglais, il n'existe pas de loi imposant aux époux de répartir les charges du ménage de manière égalitaire, ou même d'y participer (29).

Une telle simplification est erronée pour deux raisons : d'une part, parce que ces systèmes ne connaissent pas - nous l'avons déjà dit - la notion de « régime matrimonial » et, d'autre part, parce que l'assimilation à un régime unique qui s'appliquerait aussi bien au moment du mariage qu'au moment de sa dissolution en cas de séparation ne reflète pas l'état des droits des époux à l'occasion du divorce.

Le juge anglais s'est lui-même prononcé sur la question à plusieurs reprises. D'une part, dans l'arrêt *Radmacher* (30) (arrêt fondateur en matière de contrat de mariage au Royaume-Uni), le juge anglais affirme : « [...] il est évident que la distribution faite en application de la loi [*Matrimonial Causes Act*] de 1973 n'a rien à voir avec un régime matrimonial ». D'autre part, dans un arrêt *Charman* (31), le juge énonce : « notre juridiction ne connaît pas de régime matrimonial et classer notre juridiction comme un régime de séparation de biens n'est guère approprié ».

Cette assimilation a été également critiquée en doctrine, notamment dans l'Encyclopédie internationale sur le droit de la famille et des successions (32) : « Il y a débat sur le fait que l'Angleterre a en réalité ce qui pourrait être considéré comme un "régime matrimonial". Il n'y a aucun recueil de lois intitulé de telle sorte et [...] le concept de "régime matrimonial" tel qu'envisagé en Europe continentale est inconnu en Angleterre ».

Un autre auteur (33) a écrit : « Quant à la fameuse séparation de biens connue dans les pays anglo-américains, elle n'est plus qu'une légende [...]. Les [...] systèmes "séparatistes" permettent à la dissolution du mariage une redistribution des "biens familiaux" pour assurer l'égalité entre époux. Même si un bien est la propriété personnelle d'un époux, il pourra être attribué à l'autre époux pour compenser les inégalités de patrimoine ».

En réalité, le régime anglais (et dans une moindre mesure le régime américain) est très éloigné du régime matrimonial de droit français, au terme duquel pendant la liquidation-partage il faut prêter une grande attention aux droits de propriété de chaque époux, à ce qui a été acquis avant ou pendant le mariage, ensemble ou en nom propre, afin d'établir des créances et récompenses entre époux et arriver à une répartition des biens qui reflète les spécificités du régime auquel les époux se sont engagés en se mariant. La situation est d'ailleurs résumée par un notaire français (34) : « Le droit anglais ne connaît simplement pas la catégorie juridique des "régimes matrimoniaux". Privé de la notion de régime matrimonial, le notaire ne peut plus s'appuyer sur les notions d'"acquêts", de "patrimoine propre" ou "personnel", de "récompenses" ou de "créances entre époux". Il n'existe pas plus de créance de participation, de liquidation de communauté ou d'avantage matrimonial en droit anglais ».

Ainsi, si l'on tenait absolument à faire rentrer le régime anglais dans une qualification de droit français, il faudrait assimiler les règles applicables pendant la vie commune à un régime de séparation de biens, et celles applicables au moment du divorce à un régime de communauté universelle (35) mais qui serait partagée selon des principes d'équité. Cette position est en effet la plus proche du raisonnement du juge anglais qui, loin de s'immiscer en détail dans la façon dont les époux ont géré leurs finances pendant le mariage afin d'établir des créances et récompenses selon la participation effective et les droits de propriété des époux, adopte une vision extrêmement globale puisqu'il divise en deux parts, équitables, le patrimoine des époux, sans distinguer entre les biens qui ont été acquis avant et pendant le mariage.

La fiction de l'assimilation du régime américain à un seul régime matrimonial, nonobstant « l'équitable

distribution » au moment du divorce - Les règles applicables pendant le mariage, selon les États, sont assimilées à un régime de séparation ou de communauté réduite aux acquêts. Pourtant, au moment du divorce, on serait plus proche d'un régime de communauté réduite aux acquêts plutôt que d'un régime de séparation de biens (quasiment tous les États américains appliquent la règle ou une règle équivalente à celle d'« *equitable distribution* » au moment du divorce).

Nous pourrions également comparer ces règles à un régime de participation aux acquêts étant donné la dualité qui y est présente entre la vie commune et le divorce. Seulement, l'analogie est également partiellement inexacte dans la mesure où, en cas de décès, on reviendra aux règles applicables pendant le mariage (ce qui ne serait pas le cas en droit français, où les règles de liquidation sont identiques, que la dissolution ait pour origine le divorce ou le décès).

On relèvera enfin que l'application des règles françaises de régimes matrimoniaux conduira souvent à la prise en compte par le notaire de créances ou récompenses entre les époux, selon les règles du code civil, alors que des règles équivalentes n'existent pas dans les pays de *common law*, que ce soit en Angleterre ou aux États-Unis.



Force est donc de constater que c'est la logique originelle qui pêche, à savoir la volonté de vouloir assimiler par analogie les règles des pays de *common law* à un régime matrimonial français spécifique ; et ce, quel que soit le régime de comparaison choisi.


Les différences entre les deux systèmes sont en réalité trop fondamentales, et cette assimilation devient une véritable déformation.

2.2. Pour une véritable prise en compte des règles de division des biens des pays de *common law* au moment du divorce

Des réflexes à proscrire - Forcés d'appliquer le régime légal anglais ou un régime légal américain, les juges essaient parfois d'appliquer les règles spécifiques étrangères, tout en conservant certains réflexes français. On soulignera cependant les efforts louables de certains juges pour essayer de respecter plus strictement l'esprit des juges des pays de *common law*.

Les décisions publiées sur ces questions sont extrêmement rares, et souvent assez topiques.

Exemples - La motivation d'une décision de la cour d'appel de Poitiers de 2014 est assez intéressante  (36). Dans cet arrêt, les époux mariés sous le régime de la séparation de biens avaient acquis un bien immobilier et le litige portait sur la répartition de ce bien. Plutôt que de raisonner directement par analogie avec les règles du droit français, la cour, invitée par l'épouse à le faire, a accepté d'appliquer les critères des art. 24 et 25 du Matrimonial Causes de 1973 pour déterminer les droits et éventuelles créances des époux  (37).

Dans un arrêt de la cour d'appel de Paris  (38), faisant application de la loi anglaise, le juge français, dans un travail d'adaptation, a pris en compte le considérable pouvoir discrétionnaire qu'aurait eu le juge anglais s'il avait statué pour décider du sort du domicile conjugal. Il a apprécié l'office étendu du juge anglais et statué en conséquence, sans y substituer un régime matrimonial français.

Cet effort des juges français crée parfois une confusion totale entre les concepts de droit français et les concepts de droit étranger, qui se retrouvent mélangés.

Exemples - Dans un arrêt de 2016, la cour d'appel d'Agen  (39) reconnaît que le droit anglais s'applique à la question

de la liquidation du régime matrimonial. Elle précise qu'en droit anglais « il n'existe pas à proprement parler de régime matrimonial et que les relations des parties sont régies par des règles proches de la séparation de biens, la liquidation des intérêts communs étant tempérée par le principe d'équité qui établit de facto dans certains cas une présomption de libéralité conduisant à un partage par moitié ». Elle rejette l'application d'une quelconque indemnité d'occupation, concept inconnu du droit anglais. Elle s'attèle cependant à déterminer une soulte, qu'elle ordonne à l'époux de régler à l'épouse. Ainsi, malgré une certaine compréhension du système anglais, les juges français ont tendance à rattacher aux concepts connus du droit français même si ces mécanismes sont inconnus du droit anglais.

On peut également citer un autre arrêt de la cour d'appel d'Agen⁴⁰, où, pour s'opposer à la saisie vente d'une voiture, le débiteur invoquait à l'encontre du créancier poursuivant le « régime légal anglais de séparation de biens » auquel les époux étaient selon lui soumis, le débiteur cherchant à obtenir ainsi la reconnaissance de l'existence de droits indivis de son épouse sur ce véhicule (aux fins d'obtenir la nullité de la saisie). Le juge français estime qu'en l'absence d'indication dans l'acte de vente d'un financement conjoint du véhicule, et l'existence d'une immatriculation au nom du seul époux, il s'agissait d'un bien propre de l'époux. La lecture de la motivation de cette décision est intéressante en ce qu'elle permet de voir la volonté inconsciente du juge de l'exécution de suivre implicitement les règles de preuve du régime français de séparation de biens pour déterminer si le véhicule en cause était ou non un bien indivis selon le régime anglais pourtant applicable, sans procéder malheureusement à une véritable analyse substantielle des règles du droit anglais (en droit anglais, il n'est pas certain en effet que le juge se serait attaché au titre ou au certificat d'immatriculation pour déterminer le droit de propriété des époux sur le véhicule).

L'analyse de ces décisions fait prendre conscience de la difficulté à laquelle le magistrat est confronté dans ces situations, à l'image d'ailleurs de celles rencontrées par les notaires devant procéder au même exercice.

Le pouvoir discrétionnaire des juges des pays de *common law* signifie également que, dans les dossiers avec des enjeux financiers importants, chaque époux produira un certificat de coutume sur la mise en oeuvre des règles du pays étranger, sans qu'un consensus clair ne puisse ressortir, la tentation pour le juge français d'appliquer alors par analogie les règles connues du droit français étant grande.

Réflexions vers une solution... - Pourtant des solutions existeraient pour pallier ces difficultés, tout en respectant l'esprit des pays de *common law*.

On pourrait en effet parfaitement, en cas de désaccord des époux au moment du divorce, solliciter du juge français la désignation d'un expert conjoint de droit étranger qui procèderait à une recommandation sur cette question du partage des biens, en fonction des critères applicables selon le droit étranger. Cette pratique d'expertise conjointe est d'ailleurs extrêmement répandue dans les pays de *common law* lorsqu'il s'agit d'appliquer dans ces pays un droit étranger. Il est vrai que le recours à cette expertise conjointe est souvent onéreux, et il sera donc justifié uniquement dans les dossiers où les enjeux financiers seront significatifs.

Cette désignation d'un expert conjoint devrait, en revanche, être strictement encadrée par le juge français, afin d'éviter des dérives.

On imagine notamment que l'expert conjoint pourrait être tenté de se prononcer sur la question de la prestation compensatoire. Le juge français devra donc impérativement prendre le soin de préciser dans sa décision le cadre de l'expertise, à savoir uniquement la question de la répartition des biens des époux, et non celle d'une pension alimentaire après divorce⁴¹, qui prend en compte les besoins de l'un des époux. Dans le système anglais, cela signifie que l'expert conjoint devrait faire une recommandation en prenant en considération uniquement la question du « *sharing* » et en mettant de côté la détermination du montant liée à la notion de « *needs* » ou de « compensation ». Dans le système américain, cela signifie une recommandation pour procéder à l'« *equitable distribution* » des biens

maritaux.

Un tel encadrement strict de la mission de l'expert conjoint qui serait le cas échéant désigné par les tribunaux est essentiel pour respecter les règles distinctes de compétence et de loi applicable prévues par les Règlements européens. La loi anglaise ou américaine dans ces hypothèses étant applicable uniquement à la question du partage des biens des époux, et non aux questions d'obligations alimentaires, dans la mesure où il s'agirait ici de régler seulement la question du régime matrimonial des époux.

* * *

L'assimilation des règles des pays de *common law* à des règles des régimes matrimoniaux français doit aujourd'hui être revue par les praticiens du droit international privé de la famille, qui ne devront pas hésiter à conseiller à leurs clients d'avoir recours à un expert conjoint, que ce soit en cas de contentieux ou en cas de liquidation amiable avec un notaire.

Ces difficultés existent dès lors que les époux n'ont pas prévu par avance les règles qui s'appliqueront au moment du divorce, alors qu'elles peuvent être aujourd'hui très largement anticipées dans des *prenuptial agreements* ou des contrats de mariage, cette anticipation permettant d'éviter ces futurs contentieux.

En l'absence de *prenuptial agreement* ou de contrat de mariage, la spécificité des règles des pays de *common law* sur le partage des biens doit aujourd'hui être mieux prise en compte. À défaut, on continuera de vouloir faire entrer, sans y arriver, un « cercle » dans un carré...

Mots clés :

REGIME MATRIMONIAL * Droit international privé * Pays de common law * Notion inexistante * Gestion et division des biens * Divorce

(1) Les auteurs tiennent à remercier vivement M^e Nancy Khawam, *solicitor* à Londres, qui a revu les développements concernant le droit anglais.

(2) CJCE 27 mars 1979, *De Cavel I*, aff. 143/78.

(3) Règlement (UE) n° 2016/1103 du 24 juin 2016 mettant en oeuvre 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.

(4) CJCE, 27 févr. 1997, n° C-220/95, D. 1997. 81  ; Rev. crit. DIP 1998. 466, note H. A. L. et G. Droz .

(5) Le protocole de La Haye du 23 nov. 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires et le Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 déc. 2008 relatif à la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.

(6) Les pays de *common law* décrits dans cet article sont essentiellement le Royaume-Uni et les États-Unis. On

relèvera cependant que la plupart des autres pays de *common law* dans le monde suivent en fait de façon relativement similaire les règles de l'un ou de l'autre de ces pays. Ainsi, les règles à Hong Kong ou Singapour sont très similaires aux règles anglaises. Les règles canadiennes (hormis l'État du Québec) sont également très similaires aux règles américaines.

(7) L. Neville Brown, CA Weston, J.-Cl. Droit comparé, Grande-Bretagne - Droit anglais - Introduction générale - Les époux - Les enfants, 92.

(8) *Ibid.*

(9) *Ibid* - sous réserve qu'il n'y ait pas de « déclaration de trust » faite par l'un des époux.

(10) M. Revillard, J.-Cl. Notarial Formulaire, Fasc. 40 : *Législation comparée - Amérique, Régimes matrimoniaux et successions*, 22 janv. 2018, MAJ 26 mars 2019.


(11) M. Revillard, Droit international privé et communautaire, Defrénois 2010. 235.

(12) L. Ferguson, *Fairness and the Eye of the Beholder : A Comparative Perspective on Financial Remedies upon Relationship Breakdown*, disponible sur le site www.iafl.com qui cite l'auteur anglais J. Scherpe : « [f]rom an English point of view it is often argued that [the] certainty of matrimonial property regimes] comes at the expense of fairness » - traduction libre : « d'un point de vue anglais, il est souvent argumenté que la certitude des régimes matrimoniaux se fait souvent au détriment de l'équité [fairness] ».

(13) Matrimonial Causes Act 1973, section 23.

(14) Matrimonial Causes Act 1973, section 24.

(15) En anglais « *the yardstick of equal division* », *White v White (Conjoined Appeals)*, UKHL, 23 oct. 2012.

(16) N. Khawam, Angleterre et Pays de Galles, in dossier « Divorce dans le monde », AJ fam. 2015. 572 .

(17) *Miller v. Miller* (2006), UKHL, Dec. 7, 2015.

(18) J. Stewart, *Family law*, European Lawyer Reference, Second edition 2013, p. 171.

(19) *White v. White (Conjoined Appeals)*, UKHL, 23 oct. 2012.

(20) Il s'agit par exemple du cas d'une partie qui aurait entièrement sacrifié sa vie professionnelle pour suivre l'autre partie, mais les circonstances doivent être très spécifiques.

(21) La durée du mariage est un critère important à ce titre et plus le mariage est long, plus ce principe de partage égal sera appliqué strictement en tenant compte des besoins (« *needs* ») de chaque époux.

(22) Il s'agira notamment de vérifier que chaque époux peut ainsi se reloger de façon appropriée, ce qui est appelé généralement « *housing needs* ».

(23) Le régime anglais promeut la *clean break* tant pour le partage des actifs que pour la détermination de la rente (qui peut donc être capitalisée), principe selon lequel les rapports pécuniaires entre époux, autant que possible, doivent prendre fin après le divorce.

(24) Domestic Relations Law §236-B-5 et 6.

(25) J. Scherp, précédemment cité par L. Ferguson : « *[w]hile [the English discretionary approach] acknowledges that each marriage is different and that therefore fairness might require tailor-made court orders, such an approach very deliberately sacrifices the legal certainty that matrimonial property regimes can provide to achieve the overarching aim of a "fair" outcome.* » - traduction libre : « tandis que l'approche discrétionnaire anglaise reconnaît que chaque mariage est différent et que, pour cette raison, l'équité nécessite des décisions rendues au cas par cas, cette approche, ayant pour objectif fondamental d'arriver à un résultat juste, se fait en sacrifiant de façon délibérée la certitude à laquelle permet d'aboutir les régimes matrimoniaux ».

(26) Par ex., Limoges, 25 juin 2009, n° 08/00106, Agen, 27 nov. 2008, n° 08/00162.

(27) Par ex., M. Revillard, *Droit international privé et communautaire*, Defrénois 2010. 235 et M. Souleau-Bertrand, *Le conflit mobile* Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, mars 2005, p. 223 à 225.

(28) L. Neville Brown, CA Weston, J.-Cl. Droit comparé, Grande-Bretagne - Droit anglais - Introduction générale - Les époux - Les enfants, 92.

(29) International Encyclopedia for Family and Succession Law, National Monographs/England and Wales, Suppl. 92 (2018), 423 : « *There is n° requirement that spouses share the household expenses equally, or even that each should make a fair contribution* ».

(30) *Radmacher v Granatino* précédemment cité.

(31) *Charman v Charman* [2007] EWCA Civ 503 (24 mai 2007), pt 124 : « *our jurisdiction does not have matrimonial property and it is scarcely appropriate to classify our jurisdiction as having a marital regime of separation of property* ».

(32) International Encyclopedia for Family and Succession Law, National Monographs/England and Wales, Suppl. 92 (2018), 422 : « *It is a matter of debate whether England and Wales actually have what could be termed a "matrimonial property regime". Certainly, there is n° statutory code labelled as such, and Antokolskaia is justified in her suggestion that "the concept of 'matrimonial property regime', as understood in Continental Europe, is unknown in England and Wales"* ».

(33) G. Droz, *L'activité notariale internationale*, Rec. Cours Académie droit international de La Haye, tome 280 (1999) p. 69.

(34) R. Canales, *Les prenuptial agreement et les contrats de mariage : perspective franco-anglaise. Point de vue du notaire français*, *Droit de la famille* - revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur, juin 2015.

(35) En effet, sous le régime de communauté universelle en droit français, le patrimoine comprend, par définition, tous les biens des époux, en actif et en passif, y compris les biens dont les époux avaient la propriété au moment du mariage ou à la date de l'adoption du régime. À la dissolution du mariage, chaque époux reprend les biens qui ne sont pas entrés en communauté et qui sont rares en matière de communauté universelle (il s'agit des biens prévus à l'art. 1404 c. civ.).

(36) Poitiers, 9 juill. 2014, n° 13/00686.

(37) Ces dispositions ont déjà explicité ci-dessus dans l'analyse du pouvoir des juges anglais au moment du divorce.

(38) Paris, 31 oct. 1991, JDI 1993. 373, note L. Idot.

(39) Agen, 12 mai 2016, n° 14/01072.

(40) Agen 18 nov. 2015, n° 14/01588.

(41) Sauf bien évidemment le cas où les obligations alimentaires elles-mêmes seraient soumises au même droit étranger.