

151r4

Les couples franco-anglais face au divorce

Hélène PEISSE

Notaire associée à Paris, SELARL Ducamp-Monod

Laure SAUVÉ

Lecturer, School of Law, University of Essex

Quels sont les enjeux posés par les couples franco-anglais ?

Le nombre de couples internationaux (époux de nationalités différentes, couple résidant dans un pays dont aucun des conjoints n'est un ressortissant) ne cesse d'augmenter. En 2007, 13 % des divorces prononcés dans l'ensemble des 27 États membres de l'UE avaient un « élément international »¹. Parmi ces couples internationaux, les couples français ou bi-nationaux vivant au Royaume-Uni sont particulièrement nombreux. Ainsi l'ambassade de France à Londres estimait qu'en 2018, environ 300 000 citoyens français vivaient au Royaume-Uni². La Commission européenne a pris diverses mesures pour unifier les règles de droit international privé dans le domaine des régimes matrimoniaux³ et dans celui des successions⁴ afin d'empêcher le « *forum shopping* » et de veiller à une harmonisation des solutions pour ces couples internationaux. Néanmoins le Royaume-Uni a refusé d'adhérer à ces nouveaux règlements. Cette position est d'autant plus problématique que le Royaume-Uni confère au juge d'importants pouvoirs discrétionnaires dans les procédures de divorce et successorales⁵, alors que les autres pays européens sont attachés aux régimes matrimoniaux et à la réserve successorale.

Ainsi, en France, le régime matrimonial choisi par les époux produit des effets importants pendant l'union et lors de sa dissolution. Le recours au contrat de mariage est fréquent et, à défaut, les époux sont soumis au régime légal de la communauté réduite aux acquêts. Par opposition, le système anglais est souvent décrit par les juristes civilistes comme un régime de séparation de biens. La réalité est cependant plus complexe et il peut être difficile pour les couples français de savoir comment leur régime matrimonial français sera appréhendé s'ils viennent à divorcer au Royaume-Uni, et plus particulièrement en Angleterre et au Pays de

-
1. Proposition de règlement (UE) du Conseil, n° COM/2010/104 final, § 20, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.
 2. <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/services-aux-citoyens/preparer-son-expatriation/dossiers-pays-de-l-expatriation/royaume-uni> (page consultée le 12 juin 2019).
 3. Règl. (UE) n° 2016/1103, 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.
 4. Règl. (UE) n° 650/2012, 4 juill. 2012, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.
 5. *Hansard*, HC Deb, col 69 WS (30/06/2011).

Galles⁶. De même, la situation du couple résidant en Angleterre ou du couple anglo-saxon soulève des interrogations pour les juristes français. Les différences de méthodes et de raisonnement entre la France et l'Angleterre s'expliquent notamment par l'opposition qu'il y a entre le système français et le système anglais. Le système français place la loi comme garant d'une égalité. Le juge a pour rôle de faire respecter cette loi. Le système anglais place la liberté comme pilier. Le juge est là pour contrôler les excès de cette liberté, cas par cas. Comment le notaire français doit-il alors appréhender ce « régime » anglais dans les actes français ?

Quelles sont les principales différences patrimoniales entre le droit français et le droit anglais ?

En France, les futurs époux peuvent choisir leur régime matrimonial parmi le large éventail de régimes conventionnels proposés par le législateur⁷ ou créer un régime matrimonial « sur mesure ». Le choix de ce régime est discuté par les parties avec le notaire et dépend de la situation des futurs époux : par exemple de la disparité de leur situation patrimoniale ou professionnelle, du possible précédent mariage de l'un d'entre eux ou de l'existence d'un enfant non commun, de leur âge, etc. Ce régime organise les rapports patrimoniaux entre les époux, et entre les époux et les tiers. Il s'applique durant l'union mais aussi lors de sa dissolution (« liquidation du régime matrimonial »).

En Angleterre, il n'existe pas de régime matrimonial au sens où on l'entend dans les pays de droit civil. Le mariage en lui-même n'a aucun effet sur la propriété des biens des époux. Pendant le mariage, chaque époux demeure propriétaire de ses biens, acquiert par la suite ses propres biens et les vend comme s'il était célibataire. S'il n'existe pas de régime matrimonial à proprement parler en droit anglais, il est admis que l'on assimile ce « régime » à un régime séparatiste tout au moins pendant la durée du mariage. Ainsi chaque époux conserve la propriété de ses biens possédés avant le mariage ou acquis pendant le mariage et la totale gestion, administration et disposition de ses biens⁸.

Quel est le statut du logement de la famille en droit anglais ?

Que ce soit en matière d'acquisition ou de vente, chaque époux peut agir seul. L'existence de ces règles ne soulève pas de difficultés particulières pour le notaire français. Une attention spéciale sera tout de même portée aux lois de police du droit français telle l'intervention du conjoint lors de la vente du logement familial (C. civ., art. 215, al. 3). Cette intervention destinée à protéger le logement familial est-elle conforme à la volonté du législateur anglais ?

En droit anglais, il n'y a pas de régime particulier pour le logement de famille. On distingue entre la propriété telle qu'elle est fixée par la loi (en *Common Law*) et telle qu'elle est définie en équité (*equity*). Afin de déterminer la propriété légale, on se réfère simplement au titre de propriété. En revanche, au nom de l'équité, le juge pourra parfois identifier l'exis-

6. Les règles successorales et matrimoniales diffèrent au sein des différents pays composant le Royaume-Uni. Ici il ne sera question que de l'Angleterre et du Pays de Galles, qu'on désignera ci-dessous par « Angleterre », dans un souci de simplification. De la même façon, on entendra par « droit anglais » le droit applicable en Angleterre et au Pays de Galles.

7. Code civil, titre V, livre III (communauté, séparation, participation aux acquêts).

8. Sections 1 et 2 du *English Law Reform (Married Women and Tortfeasors) Act 1935* : chacun des époux conserve ses biens.

tence d'un *trust* (notamment d'un *resulting trust*) ou d'un *proprietary estoppel* : ces mécanismes permettent de conférer à un individu des intérêts « équitables » sur un bien dont il n'est pourtant pas le propriétaire légal. Le juge peut donc accorder une protection particulière au logement de famille lorsqu'il identifie l'existence d'un tel procédé. De plus, malgré l'absence d'un régime propre au logement de famille, le *Family Law Act* 1996 (section 30) confère à l'époux non propriétaire du logement familial le droit d'occuper ledit logement (ce qui lui garantit notamment le droit ne pas en être évincé). Ce droit est opposable aux tiers.

Quel mode d'organisation patrimoniale pour les couples soumis à la loi anglaise ?

En droit anglais, l'absence de régime matrimonial n'empêche pas pour autant les époux d'organiser leurs relations patrimoniales et de mettre en commun certains de leurs biens. Une grande liberté leur sera laissée, les conventions conclues par les époux n'étant assujetties à aucune forme spéciale et pouvant même être verbales. Parmi les conventions fréquemment conclues entre les époux, on trouve le recours au *trust* et au *joint-tenancy*. Le *trust* permet aux époux de mettre en commun certains biens, c'est-à-dire de créer une masse patrimoniale distincte, administrée dans leur intérêt ou dans l'intérêt de leurs enfants. La *joint-tenancy* – que l'on pourrait traduire par « propriété conjointe » – confère l'intégralité de la propriété aux deux époux : ils détiennent ensemble un bien patrimonial qui sera intégralement transmis au conjoint survivant au décès du premier époux. Le bien détenu ne peut être transmis à un tiers puisqu'au décès du premier époux il est réputé avoir appartenu en totalité à l'autre époux dès son acquisition. Chaque époux est propriétaire à la fois de l'ensemble du bien conjointement possédé et à la fois d'une portion de bien. Lorsqu'un copropriétaire décède, son droit s'éteint du fait du décès et la propriété se retrouve libre du droit du tenant décédé. Ce qui, dans la pratique, revient à conférer ses droits à l'autre époux. Le survivant a ainsi droit aux intérêts du conjoint prédécédé sans qu'une homologation du testament ou qu'une administration de la succession soit nécessaire, puisque ce bien ne fait pas partie de la succession de l'époux prédécédé. Il n'y a pas de frais à acquitter et il n'est pas nécessaire de faire intervenir de professionnel, ce qui signifie que l'époux survivant obtient son titre de propriétaire intégral très rapidement et quasiment sans aucun coût (hors les coûts à acquitter pour modifier l'acte de propriété)⁹. La *joint-tenancy* évoque ainsi le système français du régime de communauté avec clause d'attribution intégrale de la communauté au survivant ou mieux encore la tontine¹⁰. Le *joint-tenancy* est souvent utilisé pour l'acquisition du logement de la famille puisque 90 % des couples mariés détiennent ensemble le logement familial¹¹. La fréquence du recours à ces deux procédés (*trust* et *joint-tenancy*) tempère donc l'idée souvent reçue selon laquelle les époux anglais seraient toujours soumis à un régime de séparation de biens. La séparation de biens s'applique par défaut, mais dans la pratique, nombreux sont les couples qui mettent en commun les biens acquis pendant le mariage ou tout au moins le logement familial. Par ailleurs les règles applicables au moment du divorce démontrent qu'il est inexact de parler de régime séparatiste au sens où nous l'entendons en droit fran-

9. Braun A., « *Will-substitutes in England and Wales* », in *Passing Wealth on Death. Will-Substitutes in Comparative Perspective*, 2016, Oxford, Braun A. and Röthel A. (eds), Hart Publishing, 51-77, spéc. p. 60.

10. Sur les similitudes et les différences avec la tontine, voir Braun A. and Röthel A., « *Exploring means of transferring wealth on death : A Comparative Perspective* », in *Passing Wealth on Death. Will-Substitutes in Comparative Perspective*, 2016, Oxford, Braun A. and Röthel A. (eds), Hart Publishing, 323, spéc. p. 331.

11. Preston N., « *A Lasting Legacy* », *New Law Journal*, 2005, 155, p. 1594.

Quel mode d'acquisition d'un immeuble en France ?

çais. La différence entre les deux systèmes est la protection octroyée au conjoint, qui n'est jamais automatique en droit anglais : le *trust* ou le *joint-tenancy* provient d'un choix exprès des époux, qui ont décidé ensemble d'acquérir un bien sous ce régime.

En France, il est courant que les couples anglo-saxons achètent un bien immobilier avec une clause de tontine¹². Selon cette clause, chacun des époux acquéreurs a la propriété de l'entier immeuble depuis le jour de son acquisition sous la condition suspensive de sa survie et sous la condition résolutoire de son décès. L'époux survivant est ainsi réputé propriétaire de l'intégralité du bien, la moitié acquise par le prémourant n'entrant même pas dans le patrimoine successoral. La signature d'une clause d'accroissement ne crée pas une indivision, de sorte que l'une ou l'autre des parties au contrat ne peut jamais provoquer unilatéralement le partage. Sur le plan fiscal, il en résulte qu'au décès de chacun des prémourants, la part transmise devrait être taxée au droit de mutation à titre onéreux. En application des dispositions du premier alinéa de l'article 754 A du Code général des impôts, les biens recueillis en vertu d'une clause de tontine insérée dans un contrat d'acquisition en commun sont, du point de vue fiscal, réputés transmis, à titre gratuit, à chacun des bénéficiaires de l'accroissement. La tontine n'était donc pas attractive lorsque les acquéreurs n'avaient pas de liens de parenté. En revanche, dans l'hypothèse que nous étudions (époux mariés) et depuis que le conjoint survivant est exonéré de droits de succession¹³, cette solution retrouve son intérêt.

En France, en l'absence de convention de *joint-tenancy* et sans aucune déclaration des époux, le logement familial acheté grâce à des apports des deux époux sera soumis au régime d'indivision. Partant, il sera possible de prévoir les conditions de cette indivision et son issue (convention d'indivision, clause d'attribution préférentielle, etc.).

En pratique

Il appartient au notaire de clarifier le souhait des époux en cas de décès et de leur proposer d'insérer une clause à l'acte d'acquisition permettant d'atteindre le but recherché (à travers la clause de tontine ou une clause d'attribution préférentielle si tel est le souhait des époux acquéreurs).

Quelles sont les singularités du droit anglais en cas de divorce ?

Le divorce en droit anglais ne peut être prononcé que par un juge et à la seule condition que le mariage soit dans une situation d'échec irrémédiable (*irretrievable breakdown*). De surcroît, le caractère irrémédiable de la rupture du mariage doit nécessairement être établi par l'un des cinq faits prévus par la loi : adultère et maintien de la vie commune intolérable, comportement déraisonnable, séparation d'un commun accord depuis plus de deux ans, séparation depuis au moins cinq ans, abandon du foyer conjugal par l'un des époux depuis au moins deux ans. Ainsi il n'y a pas de divorce par consentement mutuel en droit anglais (sauf après cinq ans de séparation) et, dans la pratique, la majorité des divorces sont des divorces pour faute (le « comportement déraisonnable » étant le fait

12. Geraud C., « Acquisition immobilière en France par des étrangers ou des non-résidents et transmission de patrimoine », JCP N 1998, 926, n° 24.

13. L. n° 2007-1223, 21 août 2007, art. 8 (V).

le plus fréquemment allégué). L'un des époux doit donc engager une procédure de divorce à l'encontre de son conjoint en établissant l'un des faits prévus par la loi.

Néanmoins la majorité des divorces prononcés en Angleterre suivent une voie non contentieuse (*undefended divorce*) car elle est plus rapide et moins coûteuse qu'une procédure contentieuse (*defended divorce or contested divorce*). Ainsi il est possible de divorcer rapidement. Les parties peuvent alors négocier seules leur propre convention financière, c'est-à-dire s'accorder sur la distribution de leurs biens et sur le versement éventuel d'une pension alimentaire. Elles le font souvent sans même recourir au service d'un *solicitor*, afin d'éviter des dépenses supplémentaires, étant donné la diminution du recours à la *legal aid* survenue en avril 2013 (cette aide a cependant été maintenue en cas de violences conjugales ou familiales). Il existe des guides « en ligne » destinés à aider les époux lorsqu'ils décident de régler par eux-mêmes les conséquences financières de leur divorce. Ces guides rappellent l'importance du respect des principes légaux et permettent aux époux d'utiliser un système de calcul en ligne : *divorce and money calculator*¹⁴. La compréhension des règles légales reste d'autant plus fondamentale qu'en cas de désaccord entre les ex-conjoints sur le montant de la pension à verser ou sur le partage des biens, l'un d'entre eux pourra faire appel au juge et engager une procédure d'*ancillary relief*. Cette procédure est indépendante de la procédure de divorce et peut être introduite sans limite de temps contre un ex-conjoint.

Lorsque le juge anglais est saisi dans le cadre d'une procédure financière liée au divorce, il dispose de larges pouvoirs, ce qui explique qu'il puisse écarter les dispositions prévues par un contrat de mariage. La liquidation du régime anglais en France soulève ainsi plusieurs difficultés.

Quelle est l'importance du juge en droit anglais ?

En France, le rôle joué par le régime matrimonial est essentiel en cas de divorce. La répartition des biens est régie par les règles de ce régime matrimonial, le juge ne pouvant pas influencer cette distribution. Ce n'est qu'indépendamment de la liquidation du régime matrimonial que l'une des parties peut demander au juge une prestation compensatoire destinée « à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives » (C. civ., art. 270, al. 2).

En revanche, en Angleterre, les pouvoirs discrétionnaires du juge sont tels qu'ils lui permettent de redistribuer les biens détenus par chacun des époux au moment du divorce. Sir Mark Potter, ancien président de la *High Court Family Division*, décrit en ces termes le système anglais : « De façon quasiment unique notre système juridique ne connaît pas de régimes matrimoniaux et il n'est guère approprié de décrire notre système comme étant soumis à un régime matrimonial de séparation de biens. Il est plus exact de dire que nous n'avons pas de régime matrimonial, que nous acceptons simplement que chaque époux soit propriétaire de ses propres biens pendant le mariage mais soit soumis aux larges pouvoirs de distribution du juge en cas de séparation judiciaire, de nullité du mariage ou de divorce »¹⁵.

14. <https://www.moneyadvice.service.org.uk/en/articles/divorce-and-money-calculator>.

15. Charman [2007] 1 FLR 1246.

Le rôle clé joué par le juge anglais dans les procédures de divorce en Angleterre explique l'absence de force obligatoire des contrats de mariage. Dans la procédure de divorce anglaise, il n'existe aucune distinction entre l'étape consistant à répartir les biens entre les époux et celle relative à l'allocation d'une prestation compensatoire. Les juges disposent de larges pouvoirs discrétionnaires dans ces deux domaines qu'ils ne distinguent pas l'un de l'autre¹⁶. L'objectif est avant tout de protéger le conjoint le plus vulnérable sur le plan financier et, pour ce faire, le juge est doté d'importants pouvoirs.

Ce choix législatif s'explique par l'évolution des règles régissant le divorce. À la suite de l'introduction du divorce sans faute en 1969, il fut proposé d'instaurer un régime de communauté de biens afin que la partie vulnérable (souvent la femme) puisse être protégée financièrement au moment du divorce en obtenant une partie des biens acquis pendant le mariage¹⁷. Cependant cette proposition fut rejetée et le législateur choisit d'assurer cette protection en conférant aux juridictions de larges pouvoirs discrétionnaires leur permettant de redistribuer les biens des époux en cas de divorce¹⁸. Les sections 23 et suivantes du *Matrimonial Causes Act 1973* dotent ainsi les juges de pouvoirs considérables. La section 25 du *Matrimonial Causes Act 1973* précise un certain nombre de facteurs que le juge doit prendre en compte lorsqu'il décide de mesures financières et patrimoniales au moment du divorce. Néanmoins, en l'absence d'indications claires dans la loi elle-même, c'est la jurisprudence qui a fourni des indications générales sur la manière dont ces dispositions légales devaient être appliquées. Les juridictions ont adopté une approche fondée sur « la justice » ou sur l'équité (*fairness*)¹⁹. À l'origine, les juges identifiaient simplement les « besoins raisonnables » du conjoint demandeur, ces « besoins » pouvant ne représenter qu'un très faible pourcentage de la richesse de l'autre époux²⁰. Mais cette solution a été progressivement remplacée par une approche plus généreuse à l'égard du demandeur, notamment à l'égard de l'ex-épouse ayant cessé de travailler pendant le mariage. Dans un arrêt *White v White*, les juges estimèrent ainsi que la femme qui avait renoncé à travailler pour s'occuper du foyer et des enfants communs avait autant contribué aux charges du ménage que son époux, homme d'affaires dont l'entreprise avait beaucoup prospéré pendant le mariage²¹. Les juges considèrent que non seulement la nature de la contribution n'avait pas d'importance, mais aussi que le critère essentiel pour opérer la distribution des biens entre les époux devait être celui d'un partage fondé sur l'égalité. Plus tard, dans un arrêt *Charman v Charman*, le concept de « partage équitable » fut considéré non pas comme un simple critère mais comme un véritable principe²².

La jurisprudence a par la suite identifié trois éléments clés permettant de guider le juge dans sa recherche d'une solution juste ou équitable : la prise en compte des besoins des époux, la nécessité de compenser toute disparité née du mariage entre les parties, le partage des avantages communs acquis pendant le mariage²³. Pour ce faire, les juges ne

16. Sauvé L., « Needs and Matrimonial Property Agreements : A New Perspective Inspired by French Law », *Child and Family Law Quarterly*, 2018, 30 (4).

17. *Hansard*, HC Deb, Vol. 776, col. 801 (24 January 1969).

18. *Law Commission, Matrimonial Property, Needs and Agreements, Supplementary Consultation Paper n° 208*, (HMSO, 2012), § 3.5.

19. *White v White* [2000] UKHL 54, [2001] 1 AC 596, [2000] 3 WLR 1571, § [599] (Lord Nicholls).

20. *Dart v Dart* [1996] 2 FLR 286 (CA) : la femme n'obtint « que » £ 4 millions, bien que son ex-mari soit le détenteur d'une fortune s'élevant à £ 400 millions.

21. *White v White* [2000] UKHL 54.

22. *Charman v Charman* (n° 4) [2007] EWCA Civ 503.

23. *Miller v Miller ; McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24.

distinguent pas entre la question de « l'entretien » de l'ex-époux et celle du « partage des biens ». L'aide financière versée par la partie la plus aisée à son ex-conjoint ne se limite pas à fournir au demandeur ce qui est nécessaire à son entretien – c'est-à-dire à « la fourniture de nourriture, de vêtements et d'autres nécessités de base »²⁴ –, mais inclut également une redistribution des biens des époux, quelle que soit l'origine de ces biens. Cette redistribution des biens est perçue comme un moyen de garantir le niveau de vie et l'égalité entre les époux²⁵.

La notion d'équité utilisée dans ce contexte consiste à permettre aux tribunaux de décider ce qui est « juste » dans chaque cas. Pendant longtemps, l'autonomie des parties a donc été restreinte car elle aurait pu limiter les pouvoirs du tribunal. Cela explique que la prise en considération des contrats de mariage soit différente en Angleterre et en France.

Comment le contrat de mariage est-il pris en compte en droit anglais ?

Traditionnellement, en Angleterre, les contrats de mariage étaient considérés avec suspicion et étaient nuls pour deux raisons. Premièrement, un tel contrat remettait en cause le devoir des époux de vivre ensemble puisqu'il prévoyait un futur divorce²⁶. En ce sens, les contrats de mariage étaient perçus comme une incitation à la séparation et au divorce²⁷. Deuxièmement, toute tentative visant à exclure le pouvoir des tribunaux d'accorder une réparation financière en cas de divorce était considérée comme nulle pour des raisons d'ordre public²⁸. Les larges pouvoirs accordés aux juges permettaient l'équité du divorce. Cette notion de justice ne signifiait pas qu'il faille traiter les époux comme des contractants et respecter leur autonomie, mais plutôt qu'il faille garantir une décision équitable en fonction de la situation de chaque partie²⁹. Par conséquent, le droit anglais estimait que les mesures financières reposaient sur le pouvoir discrétionnaire du juge³⁰, ce qui était difficile à combiner avec le contrat de mariage.

Cependant, ces deux règles ont été remises en cause au cours de la dernière décennie³¹. Les accords conclus au moment du divorce, c'est-à-dire les « conventions de séparation », ont été encouragés et les tribunaux en sont venus à considérer les contrats de mariage comme un facteur de plus en plus important à prendre en compte dans le cadre de l'exercice de leurs pouvoirs discrétionnaires³². Dans ce contexte, la Cour suprême a rendu une décision novatrice, allant dans le sens d'une reconnaissance des contrats de mariage. Dans l'affaire *Radmacher v Granatino*, une femme allemande issue d'une famille très aisée avait divorcé à Londres de son époux français. Avant leur mariage, les parties avaient signé en Allemagne un contrat de séparation de biens. Pendant leur union, le mari avait abandonné sa profession de financier et embrassé une carrière d'universitaire, ce qui avait entraîné une baisse importante de ses revenus profession-

24. Law J., Martin E.-A. (eds), *Dictionary of Law*, 2013, OUP, see maintenance.

25. Pintens W., « Matrimonial property law in Europe », in *The Future of Family Property in Europe*, 2011, Boele-Woelki K., Miles J. and Scherpe J.-M. (eds), Intersentia, p. 21.

26. *Duchess of Marlborough v Duke of Marlborough* [1901] 1 Ch. 165, 171 ; v. aussi : *Brodie v Brodie* [1917] p. 271 ; N v N (*Jurisdiction : Prenuptial Agreement*) [1999] 2 FLR 745.

27. *Westmeath v Westmeath* [1830] 1 Dow & CI 519.

28. *Hyman v Hyman* [1929] AC 601 ; *MacLeod v MacLeod* [2008] UKPC 64.

29. Sauvé L., « Needs and Matrimonial Property Agreements : A New Perspective Inspired by French Law », *Child and Family Law Quarterly*, 2018, 30 (4).

30. Scherpe J.-M., « Towards a matrimonial property regime for England and Wales ? » in *Fifty years in family law : essays for Stephen Cretney*, 2012, Probert R. and Barton C. (eds), Intersentia.

31. Lowe N., Douglas G., *Bromley's Family Law*, 11th ed, 2015, OUP, p. 854.

32. *Crossley v Crossley* [2007] EWCA Civ 1491.

nels. Au moment du divorce, la femme était dans une position financière bien supérieure à celle du mari. La question qui se posait à la Cour suprême anglaise concernait la force obligatoire du contrat de mariage conclu en Allemagne et son application en droit anglais. Était-il possible d'appliquer ce contrat et d'empêcher l'ex-mari d'obtenir une partie du patrimoine familial de son ex-femme ? La Cour considéra que la règle de *Common Law*, en vertu de laquelle les contrats de mariage sont contrares à l'ordre public, était devenue obsolète et ne pouvait plus s'appliquer³³. En outre, la Cour suprême insista sur l'importance de l'autonomie des parties : « une juridiction doit appliquer un contrat de mariage librement conclu par chacune des parties, en tenant pleinement compte de ses implications, à moins que, dans les circonstances particulières du cas, cette application conduise à une solution injuste »³⁴. Alors qu'avant *Radmacher*, un contrat de mariage n'était que l'un des facteurs de la section 25 du *Matrimonial Causes Act* qu'une juridiction devait prendre en compte, *Radmacher* a créé une « présomption réfutable » en vertu de laquelle, une fois qu'il est démontré que les parties ont librement conclu ce contrat, celui-ci devrait être appliqué, à moins que l'une des parties puisse prouver qu'il serait injuste de lui donner effet, eu égard à sa situation³⁵.

À la suite de l'arrêt *Radmacher*, la *Law Commission*³⁶ a proposé que soient mis en place des contrats de mariage « éligibles »³⁷. Ces contrats auraient une force exécutoire et permettraient aux époux de prendre des dispositions contractuelles concernant les conséquences financières de leur divorce. Certaines garanties procédurales devraient être respectées et ces contrats ne pourraient en aucun cas permettre à un époux de se libérer de son obligation de subvenir aux besoins de son ancien conjoint. Selon le rapport de la *Law Commission*, le contrat de mariage, afin d'être contraignant, devrait notamment respecter les formalités suivantes : il devrait être conclu par acte notarié, les deux parties devraient avoir divulgué la valeur de leurs biens, chaque partie devrait recevoir les conseils d'un avocat qualifié, un délai minimum de 28 jours entre la signature du contrat et la célébration du mariage devrait être respecté, etc.³⁸ L'objectif est de s'assurer que les deux parties concluent librement le contrat et que chacune en comprenne clairement les conséquences. En outre, si toutes les conditions sont remplies, une exception importante subsisterait : si le contrat ne prenait pas en compte les besoins d'une des parties ou les intérêts d'un enfant de la famille, la juridiction pourrait non seulement rendre des ordonnances incompatibles avec le contrat mais serait également en mesure de modifier les dispositions contractuelles³⁹.

Plusieurs raisons expliquent cette proposition de la *Law Commission*. Tout d'abord, le nombre élevé de divorces prononcés en Angleterre et impliquant un contrat de mariage conclu à l'étranger rend la position isolée de l'Angleterre discutable. La non-reconnaissance du contrat de mariage peut être difficile à comprendre pour les époux étrangers. Selon les termes de Sir Mathew Thorpe, *Lord Justice of Appeal*, « Comment l'époux défendeur pourrait-il considérer que la décision d'un juge londonien lui

33. *Radmacher (formerly Granatino) v Granatino* [2010] UKSC 42.

34. « The court should give effect to a nuptial agreement that is freely entered into by each party with a full appreciation of its implications unless in the circumstances prevailing it would not be fair to hold the parties to their agreement », *Ibid* [75].

35. George R., Harris P., Herring J., « Ante-nuptial agreements : fairness, equality and presumptions », 127 *Law Quarterly Review*, oct. 2011, 335.

36. La *Law Commission* est un organe indépendant, créé en 1965. Composée de cinq juristes nommés par le ministre de la Justice, elle a pour mission de simplifier le droit.

37. *Law Commission, Matrimonial Property, Needs and Agreements, Law Com n° 343* (HMSO, 2014), *Clause 5 of the Draft Bill*.

38. *Ibid*, § 6.6.

39. *Ibid*, § 5.84.

ordonnant de transférer un bien ou de verser une partie substantielle de sa fortune à son ancien époux, est une décision juste, alors que dans son pays sa responsabilité financière aurait été minime ? »⁴⁰

Ensuite la reconnaissance des contrats de mariage permettrait de protéger les biens non matrimoniaux. À l'heure actuelle, même lorsqu'un contrat de mariage a été conclu, le droit anglais ne permet pas de distinguer clairement entre les biens propres et biens communs des époux⁴¹. Les biens propres ne sont pas à l'abri d'une redistribution imposée par le juge. Empêcher le partage de biens non matrimoniaux lors du divorce pourrait permettre aux individus de protéger des « biens spéciaux »⁴², à savoir des entreprises familiales, des biens acquis lors d'un précédent mariage ou d'une relation antérieure, ou des biens reçus par héritage ou donation⁴³.

Enfin la reconnaissance du contrat de mariage s'inscrirait dans la philosophie prônée par le droit anglais qui confère aux individus une grande liberté dans la disposition de leurs biens⁴⁴.

À l'heure actuelle, bien que les contrats de mariage n'aient toujours pas de force obligatoire, les juges sont donc plus enclins à en appliquer les dispositions, en particulier dans un contexte international⁴⁵.

Bonne pratique

Un couple français ayant conclu un contrat de séparation de biens en France mais divorçant en Angleterre pourra voir ce contrat pris en compte par le juge anglais lorsque celui-ci se prononcera sur le partage des biens entre les époux. Ce contrat n'aura cependant pas la même valeur que si le divorce était prononcé en France.

Pour donner plus de chance de reconnaissance d'un contrat français, il faudra respecter les préconisations de la *Law Commission*. Concernant la forme, le règlement européen⁴⁶ sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux prévoit, dans son article 25, que si l'un des futurs époux a sa résidence habituelle dans un des États membres du règlement, alors il faut respecter la forme prescrite par cet État membre. Autrement dit, si l'un des futurs époux réside en France, il faudra recourir à un acte authentique pour établir la convention matrimoniale, même si les époux choisissent un contrat de droit anglais.

Comment liquider le régime anglais en France ?

Face au « régime » anglais, il s'agit plutôt pour le notaire français de liquider une communauté différée. La difficulté est que la constitution de cette communauté dépend des besoins du conjoint (*needs*) : universelle ou réduite aux acquêts en fonction des situations. Le praticien français peut être désarmé devant cette approche peu cartésienne.

40. Thorpe M., « *Financial consequences of divorce: England versus the rest of Europe* » in *The Future of Family Property in Europe*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2011, Boele-Woelki K., Miles J. and Scherpe J.-M. (eds), Intersentia, p. 3-14, p. 15 ; v. aussi : Miles J., « *Marital Agreements and Private Autonomy in England and Wales* » in *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, 2012, Oxford, Scherpe J.-M. (ed), Hart Publishing, p. 90-121.

41. V. par ex. *N v F* [2011] EWHC 586 Fam.

42. *Law Commission, Marital Property Agreements, Law Com, Consultation Paper n° 198*, 2011 at 5.49.

43. *Ibid*, at 5.53 ; Hitchings E., « *From pre-nups to post-nups: dealing with marital property agreements* », *Family Law*, nov. 2009, 1056.

44. Miles J., « *Marriage and Divorce in the Supreme Court and the Law Commission: for Love or Money* », *74 Modern Law Review* may 2011, 430.

45. *Z v Z* [2011] EWHC 2878 (Fam) ; *Luckwell v Limata* [2014] EWHC 502 (Fam).

46. Règl. (UE) n° 2016/1103 du Cons., 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.

De même, si le contrat n'est pas appliqué d'office par les avocats, comment assurer la prévisibilité de la liquidation si importante en droit français ? Pour éviter ces difficultés, il conviendra d'obtenir un document expliquant de façon non équivoque comment se répartissent les biens tant dans l'hypothèse d'un divorce que d'un décès, ainsi que le préconise le 115^e congrès des notaires⁴⁷.

La flexibilité laissée aux époux de pouvoir faire un partage inégal doit être motivée car, là encore, la fiscalité française vient s'immiscer dans les conséquences du partage des biens, soit par le biais du droit de partage (2,5 % de l'actif net partagé), soit par le risque de requalification des abandons de biens en donations qui seraient taxables aux droits de mutation à titre gratuit. Nous préconisons donc d'obtenir également un justificatif de la disparité de répartition des biens entre les époux en application du droit anglais.

Le manque de méthode rigoureuse dans la liquidation se fera moins sentir en cas de décès, bien que là aussi, le cadre légal puisse dérouter le juriste français⁴⁸.

47. Rapport du 115^e congrès des notaires de France, n° 3450.

48. V. Peisse H. et Sauvé L., « Les couples franco-anglais face au décès », *in* Defrénois à paraître, n° 151r2.