

L'essentiel Les époux peuvent, par un accord procédural implicite, choisir la loi applicable à leur régime matrimonial au cours de la procédure de divorce.

Cass. 1^{re} civ., 10 févr. 2021, n° 19-17028, M. K. c/ M^{me} U., FS-P (rejet pourvoi c/ CA Paris, 20 févr. 2019), M^{me} Batut, prés., M. Buat-Ménard, cons. rapp., M^{me} Auroy, M. Vigneau, M^{me} Bozzi, M. Acquaviva, M^{me} Poinseaux, Guihal, M^{me} Mouty-Tardieu, Le Cotty, Gargoullaud, Azar, Feydeau-Thieffry, M. Poirret, prem. av. gén. ; SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SARL Corlay, av. : Gaz. Pal. 20 avr. 2021, n° 420m4, p. 68, note G. Escudey

Note par
Isabelle
REIN-LESCASTÈREYRES

1. Deux époux de nationalité portugaise s'étaient mariés en France en 1970 – donc avant l'entrée en vigueur

de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux – sans contrat de mariage. Un premier jugement est intervenu le 15 mars 2002, prononçant le divorce et ordonnant la liquidation de leur communauté. Puis, le 21 décembre 2012, à la suite de difficultés relatives à la liquidation-partage de leurs intérêts patrimoniaux, un second jugement a été rendu, statuant sur les biens composant leur communauté et renvoyant les époux devant le notaire pour établir l'acte de partage.

Alors que ce jugement était devenu définitif, M. K. assigne, le 27 novembre 2013, son ancienne épouse pour voir constater que la loi applicable à leur régime matrimonial serait la loi portugaise, de telle sorte qu'ils seraient mariés sous le régime légal portugais de la séparation des biens, contrairement aux constatations implicites des juges du fond qui avaient conclu à un régime de communauté par

application de la loi française. L'arrêt attaqué lui ayant donné tort au motif que ses demandes se heurteraient à l'autorité de la chose jugée attachée aux deux premiers jugements, il se pourvoit en cassation. Il soutient que l'autorité de la chose jugée ne pouvait pas jouer, la demande soumise au juge aux affaires familiales visant à se prononcer sur les éléments patrimoniaux qui pourraient constituer une communauté n'ayant pas le même objet que celle visant à se prononcer spécifiquement sur la loi applicable au régime matrimonial.

Le pourvoi est rejeté au motif que, « pour les droits dont les parties ont la libre disposition, les parties peuvent, par un accord procédural qui peut résulter de conclusions concordantes sur ce point, choisir, pour régir une situation juridique déterminée, la loi française du for et évincer celle désignée par la règle de conflit applicable ». L'arrêt souligne notamment que les parties ont été, chacune, assistées par un avocat et ont toutes les deux conclu au regard du Code civil français, ce qui caractérise, pour la haute juridiction, un accord procédural implicite sur la loi applicable au régime matrimonial [Cass. 1^{re} civ., 6 mai 1997, n° 95-15309 et Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 1997, n° 95-15557 admettant qu'un accord procédural peut résulter des conclusions des parties invoquant une loi autre que celle désignée par un traité ou un contrat].

2. Si l'accord procédural est une création française, et si la Cour de cassation avait déjà consacré ce type d'accord, c'est la première fois que la possibilité d'un tel accord est consacrée en matière de régime matrimonial.

Le principe que les époux puissent choisir la loi applicable à leur régime matrimonial n'a rien d'anormal. Du point de vue français c'est une possibilité bien ancrée puisqu'avant même le règlement (UE) n° 2016/1103 du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, elle existait sous l'empire de la convention de La Haye de 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux. Comme le souligne la Cour de cassation, il s'agit donc indiscutablement d'un droit disponible.

3. En revanche, cette décision pose d'autres difficultés.

Tout d'abord, la solution de la Cour de cassation opère un contournement peu opportun des règles de forme prévues par la convention de La Haye en matière de changement de régime matrimonial. Rappelons en effet que dans le cadre de cette convention, la loi normalement applicable est la loi de la première résidence habituelle commune après le mariage, et que si les époux souhaitent, en cours de régime, choisir une autre loi, ils ont la possibilité de le faire en vertu de l'article 6 de la convention, mais seulement en respectant un certain nombre de conditions formelles. L'article 11 de la convention prévoit en effet que la désignation de la loi applicable doit faire l'objet d'une stipulation expresse ou résulter indubitablement des dispositions d'un contrat de mariage. Les conditions de l'accord procédural implicite de la présente espèce sont bien éloignées de ces circonstances puisqu'ici l'accord est déduit du simple fait que les parties avaient conclu au regard du droit français. Le contournement est d'autant

plus patent que si la possibilité d'une désignation de loi applicable est offerte par la convention, y compris aux époux qui se sont mariés avant l'entrée en vigueur de la convention [art. 21], c'est, par définition, dans les mêmes conditions.

La solution est inquiétante pour le justiciable, car si des règles de formes sont imposées pour une désignation de loi applicable, c'est en considération des enjeux patrimoniaux, très lourds, qui résultent d'un tel choix. Faire reposer le choix de la loi applicable, donc, *in fine*, le régime matrimonial applicable sur un simple échange de conclusions concordantes en application du droit français, dans lesquelles personne ne s'est exprimé explicitement sur cette question, ne garantit pas suffisamment les droits de la défense. Les parties peuvent tout simplement ne pas avoir conscience de ce qu'il y a un enjeu international. Elles peuvent aussi ne pas être suffisamment éclairées ni bien conseillées. Tous les avocats ne sont pas internationalistes et tous n'auront pas conscience de l'enjeu. La seule présence d'avocats ne semble donc pas suffisante à garantir un respect idoine des droits de la défense.

À tout le moins faudrait-il que l'attention des parties ait été attirée par le magistrat qui pourrait par exemple les inviter à s'expliquer sur ce point, à l'instar de ce qui est prévu en droit français en matière de prestation compensatoire ou de ce qui est prévu pour l'accord du défendeur en matière de compétence dans le règlement européen « régimes matrimoniaux ».

La solution est également choquante vis-à-vis des tiers, dès lors que, contrairement à la solution de la convention de La Haye, aucune réserve n'est exprimée ici s'agissant de leurs droits. Il faudrait espérer que l'on ne puisse pas, par un accord procédural qui, contrairement à un changement de loi applicable, aurait, au surplus, automatiquement un effet rétroactif, remettre en cause, de manière rétroactive, les droits des tiers.

Enfin cet arrêt pose la question de l'accord procédural sous l'empire du règlement européen. Un tel accord est-il possible si la liquidation relève non pas de la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de la convention de La Haye, ni de la convention elle-même, mais du règlement européen « régimes matrimoniaux » ? Il ne serait pas illogique que les États membres à un règlement qui prévoit une règle de conflit ne puissent pas l'écarter et soient, au contraire, tenus de l'appliquer, même d'office, sauf disposition contraire dans le règlement lui-même. On trouve d'ailleurs de telles stipulations dans le règlement (UE) n° 1259/2010 du 20 décembre 2010 (*Rome III*) en son article 5, 3), ou encore dans le protocole de La Haye du 23 novembre 2007 qui permet aux époux, à son article 7, de désigner la loi applicable à une procédure particulière.

4. Toutefois, on pourrait également considérer que dans la mesure où un accord procédural est une question de pure procédure, elle relève de l'autonomie des États membres, sauf à ce qu'une disposition particulière la limitant existe dans le cadre d'une convention internationale ou du règlement. Or en l'espèce, rien n'est prévu dans le règlement « régimes matrimoniaux » à cet égard, ni pour autoriser un accord procédural, ni pour l'exclure.

Question subsidiaire : si un tel accord procédural est possible, l'est-il uniquement dans les conditions prévues par le règlement pour la désignation de la loi applicable ? Ou peut-on s'affranchir complètement de ce cadre au risque de mettre en péril les droits de la défense et les intérêts des tiers ?

Il faudra attendre une nouvelle décision, cette fois dans le contexte de l'applicabilité du règlement, pour avoir une réponse certaine à ces différentes questions.