

# Droit de la famille - L'arbitrage en droit de la famille - Etude par Alain DEVERS

Document: Droit de la famille n° 1, Janvier 2019, dossier 7

---

Droit de la famille n° 1, Janvier 2019, dossier 7

## L'arbitrage en droit de la famille

Etude par Alain DEVERS avocat au barreau de Lyon maître de conférences à l'iniversité Jean Moulin – Lyon 3

[Accès au sommaire](#)

Jadis cantonné au monde de l'entreprise, l'arbitrage gagne désormais les rivages du droit de la famille, déjà balayés par les vents de l'autonomie croissante laissée aux individus, de la contractualisation des relations familiales, de la déjudiciarisation des affaires familiales et de la promotion des modes alternatifs de règlement des différends familiaux<sup>Note 1</sup>.

1. - Longtemps ignoré<sup>Note 2</sup>, le thème de l'arbitrage en droit de la famille focalise aujourd'hui l'attention de la doctrine<sup>Note 3</sup> et de la pratique<sup>Note 4</sup>. Un tribunal arbitral des affaires familiales, récemment constitué<sup>Note 5</sup>, propose ainsi de trancher les conflits relatifs à la fixation du montant d'une pension alimentaire, à la détermination des modalités de « garde alternée » des enfants ou à la résolution des questions conflictuelles avant divorce par consentement mutuel. Il est vrai que le recours à l'arbitrage présente de nombreux avantages pour les affaires familiales : la célérité dans le règlement du litige, la liberté de constituer le tribunal arbitral en considération de son expérience et de ses compétences, la confidentialité dans le traitement de l'affaire, la possibilité de dépayser le litige et celle de statuer en équité. Même si la profession d'arbitre n'est pas réglementée<sup>Note 6</sup>, avocats, notaires et universitaires ont bien évidemment une place centrale à jouer dans l'arbitrage familial<sup>Note 7</sup>. À la différence de l'arbitrage international où la seule réserve est la contrariété à l'ordre public international<sup>Note 8</sup>, l'arbitrage interne en droit de la famille soulève encore de nombreuses interrogations. Les premières touchent aux droits qui peuvent être soumis à l'arbitrage. L'arbitre ne peut être juge que de certaines affaires familiales, les affaires patrimoniales, pour lesquelles les procédures étatiques n'offrent aucune garantie de rapidité et de discrétion. Les secondes viennent de la nécessité d'articuler parfois la procédure arbitrale et la procédure étatique parce que la convention d'arbitrage ne peut pas être conclue tant qu'aucune instance n'est engagée ou parce que l'objet de la convention d'arbitrage ne couvre que certains aspects du litige<sup>Note 9</sup>. Dans le cadre nécessairement limité de cette contribution (consacrée au seul arbitrage interne), telles seront les deux questions qui retiendront l'attention : d'une part, l'arbitrabilité des litiges en droit de la famille **(1)** et, d'autre part, la praticabilité de l'arbitrage en droit de la famille **(2)** .

### 1. L'arbitrabilité des litiges en droit de la famille

2. - La question de l'arbitrabilité des litiges en droit de la famille doit être envisagée au regard des articles 2059 et 2060 du Code civil. Mais, au-delà des textes **(A)**, l'arbitrabilité est aussi une question de contexte **(B)** .

#### A. - Les textes

3. - Les seules limites à l'arbitrabilité des litiges en droit de la famille sont posées par les articles 2059 et 2060 du Code civil, le premier disposant que les parties peuvent compromettre « *sur les droits dont elles ont la libre disposition* » et le second précisant qu'« *on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps [...] et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public* ». Du rapprochement de ces dispositions, la tentation pour définir les contours de l'arbitrabilité est d'opposer le droit patrimonial de la famille (régimes matrimoniaux, régimes partenariaux, successions, libéralités) et le droit extrapatrimonial de la famille (formation du mariage, divorce, établissement et contestation de la filiation, adoption, autorité parentale, régime primaire du mariage et du pacs). Alors qu'un droit patrimonial est généralement disponible, un droit extrapatrimonial est le plus souvent indisponible<sup>Note 10</sup>. Plusieurs phénomènes contemporains semblent aujourd'hui se conjuguer pour plaider en faveur d'une extension du domaine de l'arbitrage au droit extrapatrimonial de la famille : la contractualisation du droit de la famille, le développement des modes alternatifs de règlement des conflits (conciliation, médiation et convention de procédure participative) et la déjudiciarisation des affaires familiales<sup>Note 11</sup>. Le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice s'inscrit dans ce mouvement lorsqu'il propose une déjudiciarisation du contentieux de la révision des pensions alimentaires pour les enfants. S'agissant de la « déjuridictionnalisation » du divorce par consentement mutuel, son incidence sur la question de l'arbitrabilité du divorce demeure plus limitée. En effet, dans un divorce par consentement mutuel extrajudiciaire, les époux ne sont pas parties à un litige né puisqu'ils s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets. En l'absence de litige, le recours à la convention d'arbitrage est exclu. Une déjudiciarisation du divorce contentieux ouvrirait, quant à elle, un nouveau champ pour l'arbitrage. Il n'est donc pas exclu, à l'avenir, que puissent être soumis à l'arbitrage les conflits en matière de divorce, d'exercice de l'autorité parentale ou de pension alimentaire pour les enfants<sup>Note 12</sup>. Reste que, tant que le verrou de l'article 2060 du Code civil n'aura pas sauté, les questions d'état et de capacité des personnes et celles relatives au divorce et à la séparation de corps sont l'objet d'une exclusion formelle. Elles sont par principe inarbitrables. Ainsi, à l'occasion d'un litige d'ordre successoral soumis à l'arbitrage, si se pose une question préjudicielle sur la validité d'un mariage, l'arbitre ne peut pas se prononcer sur cet aspect. S'il l'estime opportun, l'arbitre peut en revanche surseoir à statuer dans l'attente de la décision du juge étatique exclusivement compétent pour trancher la question. Quant à l'exclusion générale des « matières qui intéressent l'ordre public », elle a très tôt été interprétée de manière restrictive par la jurisprudence. Le litige n'est pas inarbitrable par cela seul que des droits d'ordre public sont en jeu puisque « l'arbitre a non seulement le pouvoir d'appliquer une règle d'ordre public, mais également le pouvoir d'en sanctionner par sa sentence la violation »<sup>Note 13</sup>. Ainsi, une fois la succession ouverte, l'existence de droits que les héritiers réservataires tiennent de la loi ne leur interdit pas, selon nous, de soumettre leur litige à l'arbitrage. La difficulté sera toutefois, en présence d'un héritier mineur non émancipé ou d'un majeur protégé, d'obtenir préalablement l'autorisation du juge des tutelles pour compromettre.

## B. - Le contexte

4. - Si l'arbitrabilité des litiges d'ordre patrimonial n'est pas sérieusement discutable, il est impossible d'éluder la question de la libre disponibilité des droits litigieux au regard de l'article 2059 du Code civil. La notion de droits dont les parties ont la libre disposition est connue puisqu'elle est également mobilisée sur le terrain des contrats sur la preuve (*C. civ., art. 1356*), de l'acquiescement à un jugement (*CPC, art. 408*), de la renonciation à l'appel (*CPC, art. 556*), de la convention de procédure participative (*C. civ., art. 2064. – CPC, art. 1546-3*), de l'accord procédural (*CPC, art. 12*) et des clauses relatives à compétence d'attribution (*CPC, art. 41*). La difficulté vient du fait que la disponibilité des droits litigieux « ne passe pas *a priori* pour un trait dominant du droit de la famille »<sup>Note 14</sup>. À bien y regarder, la qualification des droits en cause est souvent une question de contexte. Pour les pensions alimentaires au titre de l'entretien et l'éducation des enfants, le recours à l'arbitrage est prohibé pour les arrérages à échoir, mais pourrait être autorisé pour les arrérages échus, le droit étant alors disponible<sup>Note 15</sup>. S'agissant de la prestation compensatoire, tant qu'aucune instance en divorce n'est engagée, les époux ne peuvent pas valablement transiger sur leur droit futur à prestation compensatoire<sup>Note 16</sup>. Depuis la réforme de 2004, les époux peuvent pendant une

procédure contentieuse de divorce s'entend sur le montant de la prestation compensatoire et soumettre leur accord à l'homologation du juge. Pour la liquidation et le partage du régime matrimonial, l'approche est similaire puisque l'article 265-2 du Code civil dispose que les époux peuvent, pendant l'instance en divorce, passer toutes conventions. Ils sont alors, dans leurs rapports réciproques, maîtres de leurs droits. Une convention relative à la liquidation et au partage du régime matrimonial ne peut donc pas être conclue avant l'assignation ou la requête conjointe en divorce<sup>Note 17</sup>. Il en va toutefois différemment pour les époux séparés de biens qui, n'étant pas tenus d'attendre la dissolution de leur régime matrimonial pour procéder à sa liquidation, peuvent valablement passer une convention tendant à la liquidation de leur régime matrimonial pendant le mariage. Ainsi, pour la prestation compensatoire et la liquidation et le partage du régime matrimonial, l'arbitrage est en principe interdit tant qu'aucune instance en divorce n'est engagée. L'arbitrage par des arbitres amiables compositeurs est en revanche possible pour « la liquidation des droits matrimoniaux de deux époux après leur divorce »<sup>Note 18</sup>. Pour les successions ouvertes, plusieurs décisions ont admis le recours à l'arbitrage pour les litiges opposant les héritiers et autres bénéficiaires, sans toujours d'ailleurs se poser la question de leur arbitrabilité. La mission dévolue aux arbitres peut être de liquider et/ou partager la succession<sup>Note 19</sup> ou se limiter à l'inventaire des biens de la succession, à leur évaluation et à la fixation de leur valeur locative<sup>Note 20</sup>. Plus délicate est la question de savoir si l'arbitrage est possible pour les litiges qui pourraient naître après l'ouverture de la succession. Par exemple, le défunt pourrait-il stipuler dans son testament « une clause compromissoire comme charge, soumettant la répartition des actifs à la condition que si un litige survient, il sera nécessairement tranché par un tribunal arbitral dont il aura peut-être arrêté la composition ? »<sup>Note 21</sup> Le droit français retenant le principe de la succession à la personne, certains estimeront peut-être que les héritiers substitués au défunt ne sont pas des tiers à la convention d'arbitrage. Dans cette perspective, si l'arbitrabilité pourrait être admise pour une clause compromissoire cantonnée à la quotité disponible, le litige paraît inarbitrable lorsque la charge grève la réserve héréditaire des héritiers. De même, les enfants peuvent-ils s'accorder pour confier à une juridiction arbitrale les litiges qui pourraient naître après l'ouverture de la succession d'un de leurs parents ? L'arbitrabilité du litige pourrait être discutée au regard du principe de prohibition des pactes sur succession future. Mais, le droit français autorisant la renonciation anticipée à l'action en réduction, la donation-partage, la donation-partage transgénérationnelle, la donation graduelle et la donation résiduelle, une convention d'arbitrage entre héritiers nous semble possible pour une succession future. En ce qui concerne le pacte civil de solidarité, les partenaires procédant eux-mêmes à la liquidation des droits et obligations résultant pour eux de leur pacte, les droits patrimoniaux sont largement disponibles. À l'image des époux séparés de biens, les partenaires peuvent donc soumettre à l'arbitrage la liquidation et le partage de leur régime partenarial. Une clause compromissoire pourrait ainsi être stipulée dans la convention de pacte civil de solidarité ou dans le contrat de mariage de séparation de biens.

## 2. La praticabilité de l'arbitrage en droit de la famille

5. - L'arbitrabilité des litiges d'ordre patrimonial dépendant du contexte, la convention d'arbitrage doit parfois être conclue au cours d'une instance étatique **(A)** . Lorsque le droit est réellement disponible, elle peut aussi être conclue hors de toute instance étatique **(B)** .

### A. - Au cours d'une instance étatique

6. - Pour la prestation compensatoire, la convention d'arbitrage ne peut pas être conclue tant qu'aucune instance en divorce n'est engagée et, sauf à admettre qu'il soit possible de faire rejurer par une juridiction arbitrale une prestation compensatoire qui a été fixée judiciairement, la convention d'arbitrage doit être conclue avant que la décision de divorce ne passe en force de chose jugée. L'article 1446 du Code de procédure civile prévoyant que les parties ont la faculté de compromettre même au cours d'une instance déjà engagée devant une juridiction de

l'État, les époux peuvent conclure un compromis pendant l'instance en divorce. Ils peuvent le faire après l'assignation ou la requête conjointe en divorce et avant le jugement de divorce. Ils peuvent aussi le faire à hauteur de cour d'appel. Au-delà de l'objet qui est la fixation de la prestation compensatoire, les parties doivent alors être particulièrement attentives à la rédaction du compromis. S'il est signé pendant la procédure d'appel et que l'appel est limité à la question de la prestation compensatoire, le compromis peut prévoir que les parties s'engagent à un désistement réciproque d'instance. S'il est signé pendant la première instance ou pendant la procédure d'appel et que l'appel porte aussi sur la cause de divorce, le compromis peut prévoir que les parties demandent un sursis à statuer ou un retrait du rôle dans l'attente de la sentence à venir. Dès qu'elle est rendue, la sentence a l'autorité de la chose jugée relativement à la question de la prestation compensatoire qu'elle tranche et l'instance étatique peut reprendre son cours sur les autres demandes. Le compromis, voire l'acte de mission, doit aussi prévoir que la prestation compensatoire arbitralement fixée ne sera due qu'au jour où le prononcé du divorce aura acquis force de chose jugée. À défaut, le risque est, à la demande du créancier, que l'exequatur soit accordé avant que la décision de divorce ne passe en force de chose jugée. Pour le régime matrimonial, exception faite des époux séparés de biens, la convention d'arbitrage ne peut être conclue qu'après l'assignation ou la requête conjointe en divorce. Mais, à la différence de la prestation compensatoire, l'articulation entre la procédure arbitrale et la procédure étatique est *a priori* plus simple. En effet, sauf déclaration commune d'acceptation d'un partage judiciaire ou existence d'un projet liquidatif notarié, le juge du divorce ne statue pas sur les demandes de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux. Mais, là aussi, le compromis doit déterminer l'objet du litige et prévoir que la sentence liquidative du régime matrimonial ne produira ses effets qu'au jour où le prononcé du divorce aura acquis force de chose jugée. Après divorce, le compromis peut également être signé pendant la procédure de partage judiciaire du régime. L'articulation entre la procédure arbitrale et la procédure étatique peut être complexe si le litige soumis à l'arbitrage ne porte que sur certains aspects de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux des époux.

## B. - Hors de toute instance étatique

7. - Quelle que soit sa forme, clause compromissoire ou compromis, la convention d'arbitrage étant une convention conclue entre des parties, la validité *ex ante* d'une clause unilatérale du testament imposant le recours à l'arbitrage est douteuse. Bien évidemment, après le décès, les héritiers et autres bénéficiaires peuvent accepter la mise en œuvre de la clause et la compétence de la juridiction arbitrale qui est saisie. En l'absence d'un litige né, les parties intéressées peuvent aussi confirmer le recours à l'arbitrage. Par exemple, les héritiers, souhaitant rester en indivision et l'organiser, peuvent reprendre dans une convention d'indivision la clause compromissoire. Insérée dans la convention d'indivision, les effets de la clause compromissoire prendront toutefois fin en même temps que l'indivision<sup>Note 22</sup>. Le testateur n'aura toutefois aucune certitude quant à la validation *ex post* de la clause compromissoire unilatérale par les parties intéressées. Pour renforcer l'efficacité d'une clause de soumission d'un litige à un tribunal arbitral comme charge, le testateur peut imaginer stipuler « une disposition alternative réduisant au minimum prévu par la loi les droits des héritiers qui s'opposent à l'arbitrage »<sup>Note 23</sup>. Plus intéressante encore est l'idée d'envisager la conclusion d'un pacte de famille entre le défunt, ses héritiers et autres bénéficiaires pour organiser la succession. Dans une telle hypothèse, le pacte de famille comporte une clause compromissoire par laquelle les héritiers et autres bénéficiaires s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à la succession<sup>Note 24</sup>. Ce pacte de famille peut être une donation-partage, voire un pacte d'actionnaires. Mais, même stipulée dans un pacte de famille, l'efficacité de la clause compromissoire demeure incertaine. Pleinement efficace entre les parties au pacte de famille, la clause compromissoire n'est en effet pas opposable à un tiers, à moins qu'il n'ait succédé aux droits et obligations d'une partie qui l'a initialement acceptée (*C. civ.*, art. 2061). La clause compromissoire est donc opposable à la personne appelée à la succession par représentation d'un héritier qui l'avait acceptée. Elle est en revanche inopposable à un héritier ou un bénéficiaire dont l'existence ne serait découverte qu'après le décès. C'est dire l'inconciliabilité entre pacte de famille et secrets de famille...

8. - En conclusion, si des précautions doivent être prises, notamment dans la constitution du tribunal arbitral et la mise en place de la procédure arbitrale, nous ne doutons pas que l'arbitrage deviendra un mode efficace de règlement des conflits en droit patrimonial de la famille. ▀

---

**..Egalement dans ce dossier : articles 2, 3, 4, 5, 6, 8**

---

Note 1 Sur les modes amiables en droit de la famille, V. *Dr. famille* 2018, dossiers 26 à 35.

Note 2 V. toutefois P. Catala, *Arbitrage et patrimoine familial* : *Rev. arb.* 1994, p. 279. – B. Mallet-Bricout, *Arbitrage et droit de la famille* : *Dr. & patr.* mai 2002, p. 59.

Note 3 H. Fulchiron et A. Devers (dir.), *Dossier Arbitrage et famille* : *Dr. & patr. déc.* 2017, p. 25 s. – (dir.) C. Nourissat, *Dossier Médiation et arbitrage : enjeux pour la pratique notariale* : *JCP N* 2016, 1344.

Note 4 A. Depondt, *De l'intérêt de recourir à l'arbitrage et à la conciliation* : *JCP N* 2015, 1141. – A. Depondt, *La mise en œuvre des procédures d'arbitrage et de conciliation* : *JCP N* 2015, 1151. – A. Depondt, *Création d'une chambre d'arbitrage et de conciliation spécialisée en droit de la famille* : *JCP G* 2015, 429. – G. Barbe et M. de Fontmichel, *La pratique de l'arbitrage en matière de divorce, de séparation et de successions* : *JCP G* 2018, 1062.

Note 5 [www.tribunal-familial.fr](http://www.tribunal-familial.fr).

Note 6 N. Fricero, *Définir pour distinguer médiation et arbitrage* : *JCP N* 2016, 1345, spéc. n° 7.

Note 7 S. Thouret, *La place de l'avocat dans l'arbitrage familial* : *Dr. & patr.* 2017, p. 41. – R. Vessaud, *Questions notariales et arbitrage* : *Dr. & patr.* 2017, p. 46. – T. Clay, *Le notaire, arbitre* : *JCP N* 2016, 1352.

Note 8 Sur lequel, V. M. Farge, *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in *Mél. à G. Pignarre* : *Lextenso*, 2018.

Note 9 V. Egéa, *L'articulation entre l'arbitrage interne et certaines procédures en matière familiale* : *Dr. & patr.* 2017, p. 36.

Note 10 J.-B. Racine, *L'arbitrabilité des litiges de droit de la famille* : *Dr. & patr. déc.* 2017, p. 26.

Note 11 P. Murat, *Arbitrage et évolution du droit français* : *Dr. & patr. déc.* 2017, p. 31.

Note 12 B. Mallet-Bricout, *Arbitrage et droit de la famille, préc., spéc. I, A.*

Note 13 J.-B. Racine, *L'arbitrabilité des litiges de droit de la famille* : *Dr. & patr. déc.* 2017, p. 26.

Note 14 P. Murat, *Arbitrage et évolution du droit français* : *Dr. & patr. déc.* 2017, p. 31.

Note 15 T. Clay, *Le notaire arbitre* : *JCP N* 2016, 1352, spéc. n° 18.

Note 16 V. not. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 févr. 2004, n° 01-17.094 : *JurisData* n° 2004-022101 ; *Bull. civ I*, n° 30 ; *Dr. famille* 2004, comm. 78, V. Larribau-Terneyre.

Note 17 Cass. 1re civ., 27 sept. 2017, n° 16-23.531 : *JurisData* n° 2017-018674 ; *JCP N* 2018, 1194. – Cass. 1re civ., 8 févr. 2000, n° 97-19.920 : *JurisData* n° 2000-000512 ; *Bull. civ. I*, n° 37.

Note 18 Cass. 2e civ., 25 janv. 1963 : *JurisData* n° 1963-700087 ; *Bull. civ. II*, n° 87.

Note 19 Cass. 1re civ., 5 juin 1973, n° 72-10.870 : *JurisData* n° 1973-000192 ; *Bull. civ. I*, n° 192.

Note 20 Cass. 2e civ., 7 nov. 1974, n° 73-12.190 : *JurisData* n° 1974-099287 ; *Bull. civ. II*, n° 287. – Cass. 1re civ., 26 oct. 1976, n° 75-13.707 : *JurisData* n° 1976-000305 ; *Bull. civ. I*, n° 305. – CA Lyon, 1re ch. civ., 12 oct. 2006, n° 05/00685.

Note 21 C. Nourissat, *L'apport du droit de l'Union européenne à l'arbitrage* : *JCP N* 2016, 1347, spéc. n° 17.

Note 22 Cass. 2e civ., 7 févr. 1990, n° 88-12.432 : *JurisData* n° 1990-700546 ; *Bull. civ. I*, n° 22.

Note 23 P. Wautelet, *Le recours à l'arbitrage en matière de succession internationale* : *JCP N* 2016, 1350, spéc. n° 14.

Note 24 Comp. Cass. com., 29, juin 2010, n° 09-15.810 : *JurisData* n° 2010-010745

© LexisNexis SA