

Arbitrage - L'arbitre et le droit de la famille - Etude par Cyril NOURISSAT

Document: Procédures n° 2, Février 2020, dossier 3

Procédures n° 2, Février 2020, dossier 3

L'arbitre et le droit de la famille

Etude par Cyril NOURISSAT agrégé des facultés de droit, université de Lyon

[Accès au sommaire](#)

L'arbitrage en matière familiale semble susciter l'engouement depuis quelques mois. Les indices d'un tel mouvement sont nombreux, parmi lesquels la place croissante du contrat dans cette branche. Et l'observation mérite d'être faite : la distinction entre le droit patrimonial, qui serait disponible, et le droit extrapatrimonial, marqué quant à lui par l'indisponibilité, se trouve aujourd'hui bousculée.

Il n'en demeure pas moins que la *jurisdictio* de l'arbitre en droit de la famille reste délicate à établir, en particulier à raison du fait que le retrait massif du juge étatique de nombre de procédures familiales ne saurait signifier corrélativement un accroissement du rôle du juge privé, c'est-à-dire de l'arbitre : si un couple décide de se passer du juge étatique, ce n'est probablement pas pour se tourner alors vers l'arbitre.

1. - Nul ne sera surpris que ce colloque consacré à la *jurisdictio* de l'arbitre accueille une contribution dont le sujet a à voir avec le droit de la famille. Certains seront peut-être davantage étonnés que je traite ce sujet, n'étant pas un spécialiste de droit de la famille, discipline autrement mieux représentée dans cette assemblée par mon collègue et ami Vincent Egéa. Quant à l'arbitrage, je vous laisserai juge – si j'ose dire – sauf à observer que là aussi il est difficile de traiter du sujet après l'article assez décisif de mon collègue et ami Jean-Baptiste Racine publié il y a un peu moins de 2 ans^{Note 2}. Je dois donc probablement cette invitation à la seule amitié, à la sympathie de la responsable scientifique de cette manifestation, Laura Weiller que j'en profite pour remercier sincèrement. C'est donc, en quelque sorte, en Candide que je vais aborder le thème confié, même si je dois concéder que certains aspects de mon activité scientifique ou pratique m'ont amené à m'intéresser depuis plusieurs années à ce que j'appelle volontiers le droit international privé des affaires de la famille qu'incarnent aussi bien les régimes matrimoniaux internationaux que, surtout, le droit des successions transfrontières.

2. - Je vois trois raisons de traiter ici et maintenant de l'arbitre et du droit de la famille sous la bannière scientifique qui nous est proposée.

3. - La première raison est d'autorité et est tirée de ce que souligne très bien le propos de présentation du colloque : « le mouvement de contractualisation du droit de la famille a engendré des perspectives de développement de l'arbitrage dans ce contentieux longtemps resté l'apanage de la justice étatique ».

4. - La deuxième raison est d'actualité avec : 1) la mise en œuvre massive d'un processus de déjudiciarisation étatique du droit de la famille qu'incarnent par exemple les suites pratiques et concrètes de l'adoption de la loi Justice du 23 mars 2019 (changement de régime matrimonial) s'inscrivant dans la ligne déjà dessinée par la loi J 21 ou l'adoption, le 25 juin 2019, du règlement Bruxelles II bis refondu autrement appelé « Bruxelles II ter »^{Note 3} qui

accueille le divorce conventionnel et ses avatars de plus en plus présents dans les États membres de l'UE et va enfin créer le cadre devant permettre à ces conventions – sous conditions tenant à leur nature juridique – de circuler dans l'espace intra-européen, c'est-à-dire d'être reconnues et exécutées (le cas échéant) sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure dans l'État d'accueil ; 2) la création, en juin 2018, du tribunal arbitral des affaires familiales puis, en mars 2019, du Centre d'arbitrage des litiges familiaux (Calif) – hommage involontaire à René Goscinny qui ne peut que me ravir ; ou 3) la multiplication en quelques mois de publications sur le sujet alors que, jusque-là, la littérature en la matière était plutôt rare^{Note 4}...

5. - La troisième et dernière raison est liée à la géographie en ce que parmi les rares exemples connus de rencontre entre arbitrage et droit de la famille (si tant est que l'on considère qu'il s'agit bien là de droit de la famille) l'un est directement lié à Aix-en-Provence, plus précisément à un de ses quartiers, Jas de Bouffan, qui après avoir accueilli la Bastide de Cézanne abrite depuis le milieu des années 1970 la Fondation Vasarely. Je veux ici parler de la procédure arbitrale connue sous le nom de la succession Vasarely dont vous trouverez, en dehors des chroniques de droit de l'arbitrage s'attachant en particulier à la question de la fraude – notamment à la suite de l'arrêt de la 1^{re} chambre civile du 4 novembre 2015 magistralement commenté par Laura Weiller^{Note 5} – une évocation plutôt complète dans l'ouvrage consacré à son grand-père par Pierre Vasarely et publié en début d'année^{Note 6}. À ce stade du propos, on se bornera à dire que cette rencontre entre arbitrage et droit de la famille n'a pas été des plus heureuses...

6. - Ceci précisé, comment aborder l'arbitre et le droit de la famille sous l'angle de la *jurisdictio* du premier, ainsi que j'y ai été invité ? Sans qu'il soit nécessaire de développer largement la notion de *jurisdictio* à laquelle a d'ailleurs été consacrée une thèse très intéressante publiée il y a un peu plus de 2 ans^{Note 7} et surtout à l'issue de l'intervention aussi brillante que savante de Nicolas Cayrol, je retiendrai la définition suivante : « action de dire le droit, de rendre la justice », en d'autres termes le pouvoir de réalisation formelle du droit. Mais, rapporter à l'arbitrage, rapporter à l'arbitre, c'est avec la précision essentielle – et je reprends à nouveau la présentation de ce colloque – que « si l'arbitre est un véritable juge, il ne l'est que parce que les parties l'ont conventionnellement investi en cette qualité ». Il n'y a donc de *jurisdictio* de l'arbitre que parce que les parties en conviennent, au sens le plus stricte des termes.

7. - Toute réflexion se doit donc de partir de cette proposition. De quoi les parties peuvent-elles convenir en droit de la famille qui soit alors à même de fonder la *jurisdictio* de l'arbitre ? La réponse première – sous forme de slogan – est de dire : « toujours plus » (le fameux mouvement de contractualisation déjà évoqué). La réponse seconde est de s'attacher alors à la disponibilité des droits (de la famille) et d'observer que la disponibilité des droits progresse au point que, comme l'a relevé Vincent Egéa dans une contribution précédente, « la traditionnelle distinction entre le droit patrimonial, qui serait disponible, et le droit extrapatrimonial, marqué quant à lui par l'indisponibilité, se trouve bousculée »^{Note 8}. Une progression des droits disponibles de la famille qui, donc, corrélativement étend le pouvoir de l'arbitre de dire le droit, de rendre la justice ; en bref, sa *jurisdictio*. Et de prédire dès lors un avenir nécessairement radieux de l'arbitrage en matière familiale, qu'il s'agisse de l'arbitrage interne ou de l'arbitrage international. D'où – pour reprendre une figure bien connue en droit de la concurrence – la création *ex nihilo* d'un marché à raison de la dérégulation étatique dont le recul enseigne que face au désengagement des opérateurs historiques, ce sont les premiers nouveaux entrants qui rafleront la mise (V. ce qui a été dit il y a quelques instants sur ce qui se présente comme des centres d'arbitrage spécialisés en droit de la famille).

8. - Je l'indique immédiatement, je n'en suis pas convaincu ! Et ceci, pour diverses raisons qui seront autant d'aspects permettant de tenter de mieux cerner cette *jurisdictio* de l'arbitre en droit de la famille. Je n'en suis pas convaincu car « en même temps » que la contractualisation se manifeste un autre phénomène en droit de la famille (patrimonial comme extrapatrimonial) : la déjudiciarisation qui, si elle présente de liens avec la contractualisation ne saurait cependant s'identifier à elle. J'ai du mal à croire que le retrait massif du juge étatique de nombre de procédures familiales – pour des raisons variées dont l'une, indiscutable, tient à l'état des finances publiques – puisse signifier corrélativement (les fameux vases communicants) un accroissement du rôle du juge privé, c'est-à-dire de l'arbitre. Une déjudiciarisation qui est semble-t-il bien reçue par les familles (par les couples, en tout cas si l'on en croit le succès rencontré par le divorce « sans juge »). Or, justement, si un couple décide de se passer du juge étatique, ce n'est probablement pas pour se tourner alors vers le juge privé !

9. - En d'autres termes, il me semble qu'examiner ou envisager de manière nécessairement prospective (à raison de la situation modeste actuelle de l'arbitrage familiale que chacun connaît ici) la *jurisdictio* de l'arbitre en droit de la famille, que l'on raisonne d'ailleurs en matière interne ou internationale, suppose tout à la fois de faire part de certaines certitudes qui peuvent être tirées du mouvement de contractualisation mais aussi de certaines incertitudes nées du mouvement de déjudiciarisation. Ainsi, se confirme-t-il que le contrat n'est pas le seul fondement de la *jurisdictio*. Dès lors, entre certitudes (1) et incertitudes (2) on tentera d'esquisser cette *jurisdictio* de l'arbitre en droit de la famille. Et, fort des leçons de l'*op art* qui exploite la faillibilité de l'œil à travers des illusions ou des jeux optiques (et dont Vasarely a été le père et son fils Yvaral le continuateur inspiré) l'instabilité structurelle de la *jurisdictio* de l'arbitre sera constatée, ce qui est une invitation à envisager des pistes de solution dont je dirai quelques mots en guise de conclusion.

1. Les certitudes liées au mouvement de contractualisation du droit de la famille

10. - Est-il besoin de rappeler la teneur des articles 2059 et 2060 du Code civil, le premier disposant que les parties peuvent donc compromettre « sur les droits dont elles ont la libre disposition » et le second affirmant, à l'inverse, 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 ». Chacun connaît ces textes dont – avec d'autres – on peut penser qu'ils auraient bien besoin d'être dépoussiérés puisque, en tout cas pour l'article 2060 il est inchangé depuis près de 50 ans.

11. - De ce dernier texte, il s'infère alors deux observations.

12. - En premier lieu, la référence à l'ordre public, plus exactement aux « matières qui intéressent l'ordre public » ne doit pas tromper. On se bornera ici à rappeler que, aussi bien en matière interne qu'internationale, le fait que le litige emporte application d'une règle d'ordre public ne le rend pas inarbitrable et donc ne constitue pas un obstacle à la *jurisdictio* de l'arbitre. Bien au contraire, l'arbitre a non seulement le pouvoir d'appliquer une règle d'ordre public, mais surtout il a le pouvoir, le devoir d'en sanctionner la violation par sa sentence. Les arbitragistes savent bien que la question a été au cœur des terres nouvelles il y a déjà quelques temps qu'ont été l'arbitrage des pratiques anticoncurrentielles^{Note 9} ou de la propriété intellectuelle^{Note 10} (surtout la propriété industrielle) et que la solution est désormais plutôt bien établie.

13. - En second lieu, ces textes conduisent alors à distinguer le droit patrimonial de la famille – recouvrant les régimes matrimoniaux, les effets patrimoniaux des partenariats, les successions et libéralités – et le droit extrapatrimonial de la famille – recouvrant le mariage, le divorce, la filiation, d'autorité parentale... C'est ainsi qu'on retient traditionnellement qu'un droit patrimonial est généralement disponible, qu'un droit extrapatrimonial est le plus souvent indisponible et que donc – par voie de conséquence – l'arbitre peut dire le droit et trancher les litiges nés des premiers (les droits patrimoniaux) mais non ceux nés des seconds (les droits extrapatrimoniaux), dit autrement la *jurisdiction* de l'arbitre serait définie (et se résumerait) à cette *summa divisio*.

14. - C'est là où très précisément intervient le mouvement de contractualisation, de « conventionnalisation » – pourrait-on dire – du droit de la famille. Et à nouveau deux remarques en découlent.

15. - D'une part, ici et précisément siège le terrain de rencontre entre la convention d'arbitrage et la convention familiale dès lors que, répétons-le, ce qui est décisif tient au fait que la *jurisdiction* de l'arbitre procède de ce que les parties l'ont conventionnellement investi en cette qualité. Et ce dont on parle, c'est bien d'une convention et non d'une volonté unilatérale.

16. - D'autre part, ici et tout aussi précisément apparaît la nécessité de procéder à l'identification de ce qui est devenu contractuel en droit de la famille et donc objet de *jurisdiction* de l'arbitre. Et là, il n'est pas certain que droit patrimonial et droit extrapatrimonial soit cette fameuse *summa divisio* évoquée il y a quelques instants. L'apparition du divorce conventionnel sous la plume du législateur français témoigne de cette réalité.

17. - Très concrètement, de ces diverses observations découle la possibilité de bien identifier l'existence et la consistance de la *jurisdiction* de l'arbitre dans la matière familiale. Un exemple va permettre de le comprendre.

18. - Ainsi, en matière de succession la donne semble la suivante : pour les successions ouvertes, plusieurs arrêts ont admis le recours à l'arbitrage pour les litiges opposant les héritiers et autres bénéficiaires (légataires), sans d'ailleurs toujours envisager la question connexe de l'arbitrabilité. Ainsi, la mission dévolue au tribunal arbitral – sa *jurisdiction* – porte sur la liquidation et/ou le partage de la succession ou, de manière plus restreinte, se limite à l'inventaire des biens de la succession, à leur évaluation et à la fixation de certaines valeurs. En synthèse, la figure indiscutable est celle du compromis, source de la *jurisdiction* de l'arbitre.

19. - Mais peut-elle être celle de la clause compromissoire ? La réponse est plus nuancée. L'arbitrage est-il envisageable pour des litiges qui pourraient le cas échéant naître après l'ouverture de la succession ? Par exemple, le futur 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 d'ores et déjà arrêté la composition ? »^{Note 11}. On pourrait le soutenir en rappelant que le droit français retient le principe de la succession à la personne et que les héritiers substitués au défunt vont activer la clause, conduisant à considérer qu'ils ne sont pas des tiers à la convention d'arbitrage. Mais si cette solution pourrait peut-être être admise en cas de clause compromissoire conduisant à ce que la *jurisdiction* de l'arbitre ait une portée limitée à la quotité disponible, elle sera plus débattue lorsque la clause compromissoire

pourra être comprise – dans ses effets – comme une charge qui grève la réserve héréditaire des héritiers, n'étant d'ailleurs pas certain que pour de multiples raisons la solution ne puisse varier selon que ce dont on parle ressortit de l'arbitrage interne ou de l'arbitrage international. Je fais ici référence aux enseignements des deux célèbres arrêts Jarre et Colombier^{Note 12}. Dans le même esprit, les enfants peuvent-ils convenir de confier à un tribunal arbitral les litiges qui pourraient naître après l'ouverture de la succession d'un de leurs parents, à l'instar de ce qu'ils peuvent faire pour le juge étatique, comme en dispose le règlement UE sur les successions^{Note 13} ? Certains, sous l'angle de l'arbitrabilité, s'interrogent en y décelant un terrain propice à l'expression du principe de prohibition des pactes sur succession future qui prévaut dans notre ordre juridique. Sauf à observer que ce même ordre juridique autorise la renonciation anticipée à l'action en réduction, mais encore la donation-partage, la donation graduelle et la donation résiduelle. Certes, ce type de renonciation est encadrée y compris par le recours à des solennités, mais n'est-ce pas un élément décisif conduisant à admettre que l'arbitre puisse œuvrer, à partir d'une convention d'arbitrage entre héritiers, dans ce qui est bien une succession future ?

20. - On voit donc poindre certaines certitudes quant à l'exercice par l'arbitre de sa *jurisdictio*. Celles-ci sont parfois renforcées par d'autres certitudes. Ainsi, et pour poursuivre sur le terrain des successions, les auteurs ont largement considéré que dans le cadre d'un litige portant sur la liquidation d'une succession soumise à l'arbitrage, si une question de lien de filiation vient à se poser (débat quant à la qualité d'héritier d'une des parties), l'arbitre ne peut se prononcer sur ce point. Plusieurs approches s'offrent à lui et il pourra, par exemple, surseoir à statuer dans l'attente d'une décision d'un juge étatique.

21. - L'exemple longuement développé des successions montre que la contractualisation a un impact direct et décisif sur la *jurisdictio* de l'arbitre en matière familiale. Et à qui en douterait encore, il suffit d'envisager le sort de la liquidation de certains régimes matrimoniaux et patrimoniaux. Ainsi, et comme le rappelle très bien mon collègue et ami Alain Devers, en matière « de 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 »^{Note 14}.

22. - Le champ matériel du « contrat de famille », que ce soit dans une perspective patrimoniale (ce qui vient d'être dit à propos des partenariats) ou dans une perspective extrapatrimoniale (chacun pense au divorce dit « conventionnel » dont la conséquence ultime est que, sans homologation judiciaire, les époux disposent de leur état de conjoints) constitue donc bien le premier axe de nature à fonder la *jurisdictio* de l'arbitre. Et finalement, l'on trouve là des questions assez classiques – sans grande originalité – que d'autres branches du droit (par exemple et à nouveau le droit de la concurrence) ont soulevé et que la jurisprudence a su régler. Mais, filant l'analogie, surgit immédiatement le fait que l'office de l'arbitre doit composer avec l'office du juge étatique (comme en matière de concurrence où se pose la question de l'office de l'arbitre par rapport à l'office de l'autorité publique de la concurrence). Et, dans les deux cas, le recul du second (recul du juge étatique) n'est pas sans interroger sur le rôle du premier (place de l'arbitre). Or, là, me semble-t-il, git un autre terrain d'incertitudes. J'en dirai maintenant quelques mots maintenant.

2. Les incertitudes liées au mouvement de déjudiciarisation du droit de la famille

23. - La déjudiciarisation se présente donc comme le second mouvement majeur qui marque le droit de la famille. Cette déjudiciarisation – que certains présentent comme une « déjuridictionnalisation » – est essentielle au point que l'on doit s'interroger sur le fait de savoir si la volonté de mettre hors de la *jurisdictio* du juge étatique la matière familiale n'est pas en réalité un (le ?) frein décisif à la *jurisdictio* de l'arbitre.

24. - De souligner alors qu'en matière familiale la justice étatique n'est plus l'unique source de justice. Sont encouragées des formes autres dans lesquelles la part étatique est incontestablement moindre. D'où la promotion du développement des modes alternatifs de règlement des conflits que sont la médiation familiale et, plus récemment, le droit collaboratif ou les conventions de procédure participative, notamment en matière de divorce. On assiste à un changement d'approche dont l'amiable est bien le maître-mot. Or, nul ne contestera que l'arbitrage n'est pas un procédé de règlement amiable des différends qui a donc tant de succès en matière familiale. Un tel constat oblige dès lors à poser frontalement la question de la place de l'arbitrage dans ce contexte de promotion de l'amiable familial, ce qui conduit nécessairement à poser la question de la *jurisdictio* de l'arbitre dans cette matière familiale.

25. - De signaler à tout le moins le déplacement de la *jurisdictio* étatique en matière familiale qui correspond peut-être à une figure plus exacte comme l'a bien montré Vincent Egéa dans son article précédemment évoqué. Davantage qu'une disparition totale de l'office du juge étatique, c'est surtout le déplacement de son office qui peut s'opérer en raison du développement des modes alternatifs déjà évoqués et de la faculté offerte aux parties de faire ensuite homologuer l'accord. Ainsi, le juge de la famille devient – dans les champs où son intervention est encore requise – toujours davantage un juge qui homologue qu'un juge qui tranche.

26. - Que ressort-il de ces différentes observations ? À mon sens, une constante : que la *jurisdictio* du juge étatique en matière familiale est l'aune à laquelle déterminer la *jurisdictio* de l'arbitre en matière familiale. Or, les incertitudes actuelles qui portent sur la première rendent délicate l'appréhension de la seconde, à tout le moins l'articulation de l'une et de l'autre est clairement posée ce que, d'ailleurs, le droit de l'arbitrage français ne réfute pas en tant que tel, comme en dispose l'article 1450 du CPC qui prévoit que « *les parties ont (toujours) la faculté de compromettre même au cours d'une instance déjà engagée devant une autre juridiction* ».

27. - Deux illustrations du phénomène auquel je fais référence peuvent être données à partir de l'exemple parlant du divorce.

28. - La première illustration permet d'insister sur l'imbrication entre *jurisdictio* étatique et *jurisdictio* arbitrale. Ainsi, en matière de prestation compensatoire, la *jurisdictio* de l'arbitre n'a de sens que pour autant que l'instance en divorce a été engagée devant le juge étatique (avant, il ne saurait y avoir de compromis) et pour autant que ce juge étatique n'a pas définitivement statué, c'est-à-dire avant que la décision judiciaire de divorce ne passe en force de chose jugée. C'est entre ces deux « bornes » que se manifeste la *jurisdictio* arbitrale, ce qui témoigne d'une complexité certaine. Et la question de la liquidation du régime matrimonial n'échappe pas non plus à ces bornes.

29. - Le second exemple est tiré de la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel opéré par la loi du 18 novembre 2016 qui, s'il est le symbole de la contractualisation du droit de la famille, est surtout celui de la déjuridictionnalisation. Rappelons que l'objet consiste à priver de la voie juridictionnelle les futurs ex-époux, sauf exceptions strictement énumérées et notamment celle tenant à la présence d'enfant(s) mineur(s) souhaitant être auditionné(s) par le juge (C. civ., art. 229-2). La réforme a donc clairement entendu écarter le juge. Et, il me semble tous, les juges. Dit autrement, aussi le recours à l'arbitre. Pas de *jurisdictio* pour le juge étatique, pas de *juridictio* pour l'arbitre, en quelque sorte !

30. - Observons simplement que cette déjuridictionnalisation n'est pas sans poser des difficultés dans l'ordre international, à tout le moins dans l'ordre européen. On ne peut sur ce point que rappeler que, par son article 65 sur la reconnaissance et l'exécution des actes authentiques et des accords, le règlement Bruxelles II ter pose le principe que les actes authentiques et les accords relatifs à la séparation de corps et au divorce qui ont un effet juridique contraignant dans l'État membre d'origine sont reconnus dans les autres États membres sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure. Des motifs de non-reconnaissance sont prévus à l'article 68. On soulignera que le règlement précise de manière explicite qu'il « ne devrait pas autoriser la libre circulation de simples accords privés »^{Note 15}, ce qui augure de beaux débats de qualification. De même, alors que l'acte authentique ou l'accord échappe à la juridiction par construction, l'autorité publique (acte authentique) ou l'autorité (accord) qui enregistre ne peut être qu'une autorité d'un État dont les juridictions sont compétentes au titre des règles de compétence directe prévues par le chapitre II du règlement. Il est certes mis fin ainsi au spectre du divorce Las Vegas, selon la jolie formule d'un auteur... Mais, qui s'en assurera ? Les avocats rédacteurs de la convention ? Le notaire en charge du dépôt de la convention ? Et quelle place – encore – pour l'arbitre ?

3. Conclusion

31. - En définitive, examiner la signification, le sort de la *jurisdictio* de l'arbitre en matière familiale revient à explorer un univers où les questions sont aussi nombreuses, si ce n'est plus nombreuses, que les réponses. Certes, la pratique – à supposer qu'elle croisse – sera une première source de clarification. En ce sens, il conviendra de scruter avec intérêt la jurisprudence arbitrale – si tant est qu'elle existe – à tout le moins la jurisprudence étatique qui découlera inévitablement de cette pratique arbitrale que d'aucuns appellent de leurs vœux. Les réponses risquent cependant d'être lentes à venir, ce d'autant que les incertitudes précédemment examinées ne sont pas de nature – aujourd'hui – à encourager le recours à cette voie de règlement du litige, du moins lorsque ce litige existe.

32. - Une autre réponse peut être envisagée du côté du législateur. Chacun connaît ici les évolutions qui ont marqué le libellé de l'article 2061 du Code civil (1972, 2001 et 2016). N'est-il pas temps d'envisager *a minima* la réécriture de l'article 2060 du Code civil dont le contenu est inchangé depuis 1975 ? Mais pas uniquement l'article 2060, dans la mesure où l'article 2059 du Code civil – qui pourrait, lui, rester inchangé – en renvoyant à la libre disponibilité des droits appelle probablement à une clarification plus nette de ce qui est disponible ou non en droit de la famille, aussi bien en droit patrimonial qu'extrapatrimonial. C'est là répondre au constat formulé par notre collègue Pierre Murat selon lequel, « les questions de frontières entre arbitrabilité et non-arbitrabilité en droit de la famille pèsent négativement sur le recours à l'arbitrage : il pourrait y avoir là un premier axe de réflexion »^{Note 16}. C'est un frein particulièrement fort pour tenter d'explicitier la *jurisdictio* de l'arbitre.

33. - Mais une troisième réponse doit aussi être envisagée, du côté des arbitres, de la communauté arbitrale si je puis dire. L'image de l'arbitre en droit de la famille n'est pas nécessairement bonne, en particulier auprès du barreau de famille qui, au surplus et rappelons-le, a su développer de vraies procédures amiables (procédure participative ou droit collaboratif). Et je ne fais même pas ici référence au désastre que constitue, pour son image, l'arbitrage dans la succession Vasarely. Là, toujours pour emprunter à Pierre Murat, comment ne pas craindre « que l'arbitrage ne soit un moyen indirect de porter atteinte à l'uniformité du droit interne de la famille qui repose sur l'application qu'en font les juges dans les espèces. En poussant encore la remarque, il ne faudrait pas que l'arbitrage devienne un moyen caché d'appliquer des normes de nature religieuse. On voit poindre la question des divorces confessionnels »^{Note 17}. Le « familialiste » n'est probablement pas à l'inverse de « l'arbitragiste » un juriste en qui sommeille un pluraliste, quelle qu'en soit l'école. En bref, ce que je veux en réalité souligner est très simple : là où l'arbitrage et la *jurisdictio* de l'arbitre ont trouvé toute leur place, l'explication réside dans le fait qu'il réponde à la satisfaction d'un besoin exprimé par les parties, qu'il rencontre un « intérêt » qu'il sait satisfaire, par exemple les fameux « intérêts du commerce international ». C'est probablement le plus difficile que d'arriver à convaincre des besoins, des enjeux et de l'aptitude à les satisfaire. Et cette difficulté, qu'il revient donc aux arbitragistes de surmonter, est bien réelle en droit de la famille ! ▪

L'essentiel à retenir

- le mouvement de contractualisation du droit de la famille a engendré des perspectives de développement de l'arbitrage dans ce contentieux longtemps resté l'apanage de la justice étatique ;
- l'arbitre peut dire le droit et trancher les litiges nés des droits patrimoniaux mais non ceux nés des droits extrapatrimoniaux ;
- en matière familiale plus que toute autre, l'office de l'arbitre doit composer avec l'office du juge étatique, et le recul avéré du second (le juge étatique) n'est pas sans interroger sur le rôle du premier (l'arbitre) ;
- il est nécessaire de clarifier ce qui est disponible ou non en droit de la famille, aussi bien en droit patrimonial qu'extrapatrimonial ;
- il est donc temps d'envisager la réécriture des articles 2059 et 2060 du Code civil.

..Egalement dans ce dossier : articles 2, 4, 5, 6, 7, 8

Note 1 Le style oral de l'intervention a été conservé. Les références bibliographiques ont été ajoutées.

Note 2 J.-B. Racine, *L'arbitrabilité des litiges de droit de la famille* : Dr. & patr. déc. 2017, p. 26 s.

Note 3 Cons. UE, règl. (UE) 2019/1111, 25 juin 2019 : JOUE n° L 178, 2 juill. 2019, p. 1.

Note 4 Pour rappel, le thème ici confié renvoyait essentiellement à P. Catala, *Arbitrage et patrimoine familial* : Rev. arb. 1994, p. 279s. – B. Mallet-Bricout, *Arbitrage et droit de la famille* : Dr. & patr. mai 2002, p. 59 et s.

Note 5 Cass. 1re civ., 4 nov. 2015, n° 14-22.630 : JurisData n° 2015-024593 ; Procédures 2015, comm. 19, note L. Weiller.

Note 6 P. Vasarely (avec Ph. Dana), *Vasarely, une saga dans le siècle* : Calmann-Levy, 2019.

Note 7 R. Laher, *Imperium et jurisdictio en droit judiciaire privé* : Mare & Martin, 2017.

Note 8 V. Egéa, *L'articulation entre l'arbitrage interne et certaines procédures en matière familiale* : *Dr. & patr.* 2017, p. 36s. – V. depuis pour un même constat, A. Devers, *L'arbitrage en droit de la famille* : *Dr. famille* 2019, dossier 7.

Note 9 Pour un rappel, V. C. Nourissat, *Arbitrage et pratiques anticoncurrentielles* : *Lamy Droit économique*, 2019.

Note 10 Pour une synthèse, C. Nourissat, *L'arbitrage et la propriété intellectuelle* : *RLDA* 1er mai 2019, n° 148.

Note 11 C. Nourissat, *L'apport du droit de l'Union européenne à l'arbitrage* : *JCP N* 2016, 1347, spéc. n° 17.

Note 12 Cass. 1re civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151, *Colombier* : *JurisData* n° 2017-018698. – Cass. 1re civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198, *Jarre* : *JurisData* n° 2017-018703 ; *Dr. famille* 2017, comm. 230, M. Nicod ; *JCP G* 2017, 1230, C. Nourissat et M. Revillard ; *JCP N* 2017, n° 45, 1305, E. Fongaro.

Note 13 En ce sens, sur les accords d'élection de for, art. 5.

Note 14 A. Devers, *préc.*

Note 15 *Cons.* 14.

Note 16 P. Murat, *Arbitrage et évolution du droit français de la famille* : *Dr. & patr. déc.* 2017, p. 31 s.

Note 17 *Ibid.*

© LexisNexis SA