

## - QUESTIONS NOTARIALES ET ARBITRAGE

LE NOTAIRE A UN RÔLE À JOUER, TANT AUJOURD'HUI QUE DEMAIN EN MATIÈRE D'ARBITRAGE. SON EXPERTISE DU DROIT PATRIMONIAL DE LA FAMILLE, SA RELATION AU CLIENT ET PLUS GLOBALEMENT À LA FAMILLE, SONT AUTANT D'ATOUTS POUR QU'UN ARBITRAGE DES LITIGES PATRIMONIAUX FAMILIAUX SE RÉALISE DANS LES MEILLEURES CONDITIONS.

RICHARD VESSAUD

JURISTE DOCUMENTALISTE AU CRIDON LYON

DOCTORANT CIFRE À L'UNIVERSITÉ JEAN MOULIN LYON III

CHERCHEUR AU CENTRE DE DROIT DE LA FAMILLE - UNIVERSITÉ JEAN MOULIN LYON III

Si l'arbitrage en matière familiale n'est aujourd'hui qu'un mode de résolution des litiges marginal, cela ne fut pas toujours le cas. Le droit romain tout comme le droit de l'Ancien Régime admettaient largement l'arbitrage dans les différends familiaux, que ce soit en matière de partage de succession ou encore en matière de comptes de tutelle. Ce n'est qu'au début du XIX<sup>e</sup> siècle que l'on abandonna complètement cette pratique. L'arbitrage se trouva alors cantonné à quelques rares matières comme le droit des affaires.

Il fallut attendre la fin du XX<sup>e</sup> siècle (1) , puis le début du XXI<sup>e</sup> siècle (2) pour que l'arbitrage revienne sur les devants de la scène du droit civil. Dès lors, la question de l'arbitrage en droit de la famille pouvait à nouveau légitimement se poser. Si l'on comprend aisément les difficultés qui s'élèvent en matière de droits extrapatrimoniaux, où le truchement du juge est plus que nécessaire pour garantir l'ordre public, en matière de droits patrimoniaux, la chose semble plus évidente. D'autant que ces dernières années, le législateur n'a de cesse de décharger le juge de certains contentieux (3) , pour ne le solliciter qu'en dernier recours ; ce fut notamment le cas à l'occasion la fameuse *loi J21* (4) qui étendit fortement l'empire de la justice amiable en matière familiale (par la conciliation avant tout), sans que l'on admette pour autant la possibilité de recourir à l'arbitrage (5) , alors même que certains auteurs avaient déjà relevé la forte *arbitrabilité* des litiges d'ordre patrimonial en droit de la famille (6) . Pourquoi ne pas avoir abordé la question de l'arbitrage en droit de la famille ? Ne convenait-il pas d'offrir la possibilité à qui le souhaite d'en finir avec le tout-judiciaire inhérent aux litiges patrimoniaux familiaux ? À notre sens, oui, tant les litiges patrimoniaux familiaux gagneraient à s'extraire du schéma judiciaire, par essence contentieux, pour rejoindre le giron de la justice amiable et négociée. Les avantages de l'arbitrage ne sont pourtant plus à prouver : rapidité, anonymat, désengorgement des tribunaux, etc. Malheureusement, l'arbitrage n'est encore aujourd'hui qu'une anecdote du droit patrimonial de la famille. Doit-on pour autant se résoudre au tout-judiciaire ? Assurément non, car l'arbitrage a bien droit de cité en matière familiale, tout au moins en certaines espèces limitées. C'est ainsi le cas en matière de question notariale, où l'arbitrage trouve aisément à s'employer (7) ; car c'est bien là, dans les questions notariales, que les différends patrimoniaux des familles apparaissent le plus souvent. Que ce soit à l'occasion d'un divorce ou d'une succession, les querelles d'affects sur fond d'enjeux financiers ont vite fait de transformer une situation apparemment commune en litige. L'idée de l'arbitrage s'impose alors naturellement pour qui veut éviter une procédure judiciaire, longue, coûteuse et publique. Toutefois, cette procédure n'est pas aussi aisée qu'il n'y paraît à mettre en œuvre. En effet, à admettre le recours à l'arbitrage en droit patrimonial de la famille, deux questions se doivent d'être posées. La première concernerait le type de contentieux. La seconde, l'arbitre lui-même. Concernant le contentieux, on peut

facilement admettre que les litiges patrimoniaux successoraux et matrimoniaux se prêteraient aisément à un arbitrage. Quant à la personne de l'arbitre, si la plupart des professions juridiques peuvent prétendre à cet office (les contingences de leur fonction devant bien sûr le permettre), nous nous concentrerons pour notre part sur la figure du notaire. En effet, sa parfaite connaissance du droit patrimonial de la famille, son contact quotidien auprès des familles, en font *de facto* un acteur incontournable.

D'ailleurs, comme le souligne Thomas Clay, « *il n'existe pas (...) d'incompatibilité formelle qui priverait les notaires d'exercer les missions d'arbitres* », à ceci près que le notaire désigné comme arbitre ne doit pas être le notaire qui a été antérieurement saisi pour connaître du dossier litigieux (8) . Entre ce qu'il est déjà possible de soumettre à l'arbitrage aujourd'hui et ce qu'il sera peut-être possible d'arbitrer demain, dressons un inventaire succinct des questions notariales arbitrables devant un *notaire-arbitre*. Pour ce faire, nous pourrions montrer que le recours à l'arbitrage en matière matrimoniale serait opportun (I), et plus que judicieux en droit des successions ou en droit des libéralités (II).

## I - L'ARBITRAGE EN DROIT DES RÉGIMES MATRIMONIAUX

En droit des régimes matrimoniaux, l'arbitrage, aujourd'hui totalement inexistant, permettrait demain d'extraire du schéma judiciaire des contentieux vivaces qui participent à engorger les tribunaux. Parmi tant d'autres exemples, les interminables querelles inhérentes aux liquidations-partage (A), ou encore les différends pour fixer une prestation compensatoire, trouveraient une solution rapide et efficace *via* un arbitrage devant un *notaire-arbitre* (B).

### A - LES LIQUIDATIONS-PARTAGES

La liquidation des intérêts patrimoniaux d'un couple souhaitant se séparer est souvent prétexte à exacerber les tensions, et à faire passer le litige vers un plan contentieux. Cela est d'autant plus vrai lorsque le notaire doit dresser un projet de liquidation-partage en vertu de l'article 255 10<sup>o</sup> du Code civil. Si dans la plupart des cas, les futurs ex-époux parviennent à s'accorder conventionnellement, dans d'autres, afin de trancher les différends, il conviendra de se tourner une nouvelle fois vers le juge pour régler la question des désaccords subsistants (C. civ., art. 267). En effet, comme le rappelle de temps à autre la Cour de cassation, le notaire ne peut en l'état du droit que procéder à un arbitrage *de facto* des intérêts en présence, mais en aucun cas se substituer au juge (9) .

Cette « *navette* » regrettable participe tant à allonger la durée de la procédure qu'à augmenter son coût, tout en enfermant le différend dans la sphère judiciaire. Ce faisant, pourquoi ne pas confier à un notaire extérieur la possibilité de se rendre arbitre ? La question reste pour l'heure en suspens. Peut-être que lors d'une prochaine réforme d'ampleur du divorce, sur le modèle de celle du « *divorce sans juge* », le notaire se trouvera investi de cette nouvelle mission...

### B - LE CAS DE LA PRESTATION COMPENSATOIRE

En matière de divorce, la fixation du montant et des modalités de la prestation compensatoire est également souvent un sujet de discorde. La raison tient certes avant tout aux enjeux financiers en cause, mais aussi à la technique juridique pure. En effet, le législateur n'a pas posé de méthodologie claire de fixation du montant d'une prestation compensatoire (10) . La doctrine et la pratique tentèrent de combler ce vide en multipliant les méthodes de calcul pouvant parfois aboutir à des montants allant du simple au double... Naturellement, le demandeur demandera une somme coquette, alors que le défendeur souhaitera payer le moins possible. Les choses s'enveniment ainsi. À l'heure actuelle, il appartient au juge d'en déterminer le montant.

Pourtant, cette opération est bien délicate pour des magistrats qui n'ont pas matériellement le temps de la réaliser dans des conditions sereines. Les paramètres à prendre en compte sont nombreux, et selon les méthodes retenues, complexes à analyser. La prestation compensatoire commande à la fois de connaître des éléments tenant à la vie quotidienne des époux (train de vie, habitudes, etc.), mais également à la structure des patrimoines (propres et

communs) du couple.

De fait, sans méthode de détermination sûre, et à cause de paramètres multiples facilement contestables *a posteriori*, le contentieux du montant de la prestation compensatoire est fertile, et participe à engorger les tribunaux. Un arbitrage devant notaire permettrait au contraire de régler ce différend efficacement à moindre coût. En effet, un notaire du fait de son « *savoir-faire* » serait à même d'étudier la composition des patrimoines de manière détaillée, tout en analysant posément les habitudes du couple, pour caractériser aux mieux les disparités à même de fonder un montant de prestation compensatoire.

Ces deux propositions, parmi tant d'autres envisageables, bien qu'apparemment anecdotiques face à la multitude des contentieux patrimoniaux des couples se séparant, participeraient à finaliser le transfert de certaines prérogatives judiciaires vers un système de justice négociée sous l'œil expert du notariat, en modernisant par là même la résolution des différends familiaux. Si l'arbitrage en matière matrimoniale n'est aujourd'hui qu'une éventualité (probable ?) de l'évolution du droit, il n'en demeure pas moins une réalité actuelle en matière successorale.

## II - L'ARBITRAGE EN DROIT DES SUCCESSIONS ET DES LIBÉRALITÉS

En certaines espèces limitées du droit des successions, l'arbitrage apparaît comme une éventualité, tout en restant globalement marginal. Néanmoins, il conviendrait d'aller plus loin et d'étendre l'empire de la justice amiable à la plupart des différends successoraux (A). De même, le droit des libéralités, aujourd'hui majoritairement étranger à l'arbitrage, gagnerait à s'extraire du tout-judiciaire, pour rejoindre le giron de la justice négociée (B).

### A - EN MATIÈRE DE DROIT DES SUCCESSIONS

L'arbitrage en matière successorale fut propulsé sur les devants de la scène par la désormais célèbre *affaire Vasarely* (11). Malheureusement, les erreurs et autres fraudes touchant l'opération jetèrent le discrédit sur ce mode de règlement des différends. Dans les faits, le plasticien Victor Vasarely, après avoir réalisé diverses donations pour doter, entre autres, sa Fondation, finit par porter atteinte à la réserve héréditaire de ses héritiers. Une action en réduction s'imposait donc. On opta alors pour un arbitrage (présentant les mérites de la discrétion) devant notaire afin de privilégier le caractère amiable. Pourtant, loin de tarir le contentieux, ce dernier ne fit que le consolider, voire l'envenimer.

*L'affaire Vasarely* est aujourd'hui un cas d'école de tout ce qu'il convient de ne pas faire dans un arbitrage de droit patrimonial de la famille. Parmi d'innombrables éléments critiquables, deux se doivent de retenir notre attention. Le premier tient à la personne de l'arbitre. En effet, le notaire de famille de Vasarely fut choisi pour arbitrer le différend, ce qui matérialisa, on le comprend aisément, un conflit d'intérêt patent. Le second, et non des moindres, tient au déroulement de l'arbitrage lui-même. De fait, la procédure ne fut qu'un simulacre d'arbitrage, un maquillage juridique destiné à dépouiller intégralement la Fondation Vasarely pour servir les intérêts exclusifs des héritiers.

Cette regrettable affaire jeta le discrédit sur ce mode de résolution des conflits alors naissant... Pourtant, ce cas d'espèce ne doit en rien effrayer les praticiens du droit qui envisageraient de recourir à l'arbitrage en pareilles circonstances. Effectivement, rien ne s'oppose à ce qu'à l'heure actuelle, un notaire extérieur puisse arbitrer des litiges inhérents à des techniques successorales, tels le rapport ou la réduction ; seule l'appréhension irrationnelle de vivre une « *affaire Vasarely bis* » semble exacerber les réticences de la pratique.

### B - EN MATIÈRE DE DROIT DES LIBÉRALITÉS

Mais c'est peut-être en matière de libéralités que l'arbitrage notarial ferait le plus florès. Pour l'heure, rares sont les cas où il semble possible d'y recourir. On pourrait à la rigueur citer le cas des donations avec charges. Même si un régime d'inexécution et de révision existe dans le Code civil, ce dernier demeure circonscrit à l'ordre judiciaire (12). Toutefois, rien ne paraît s'opposer au recours à l'arbitrage dans cette situation, les droits en cause étant disponibles. Le

schéma amiable se prêterait alors à merveille à la relation contractuelle instaurée dans ce type de donation, où l'on pourrait trouver une solution bien plus rapide qu'en attendant une réponse judiciaire... Peut-être un jour pourrions-nous même aller plus loin, en admettant la stipulation de clauses compromissaires, mais la pratique, par application du principe de précaution, s'y refuse encore. Outre cette possibilité d'ores et déjà envisageable, on pourrait se prendre à rêver d'un élargissement de l'empire de l'arbitrage en matière d'interprétation des libéralités. En effet, en bien des espèces, l'interprétation des termes d'un testament (et plus rarement d'une donation) peut paraître délicate. Soit parce qu'il s'agit d'un testament olographe d'une personne qui a du mal à formuler clairement sa volonté, soit parce que les termes de la disposition ont été employés à mauvais escient. Dans ce cas, la pratique notariale admet volontiers que les héritiers ont la possibilité de s'accorder sur un *acte d'interprétation*, faute de quoi il conviendra de se tourner vers l'ordre judiciaire. L'arbitrage devant notaire éviterait alors de recourir systématiquement au truchement du juge et de laisser durant des années des successions en suspens.

Le notaire a donc clairement un rôle à jouer, tant aujourd'hui que demain en matière d'arbitrage. Son expertise du droit patrimonial de la famille, sa relation au client et plus globalement à la famille, sont autant d'atouts pour qu'un arbitrage des litiges patrimoniaux familiaux se réalise dans les meilleures conditions. L'État et la magistrature seraient également les grands gagnants de ce transfert de compétences, par une réduction drastique des contentieux pendants, et ce faisant, des coûts de fonctionnement... Malheureusement, l'arbitrage en droit patrimonial de la famille n'est encore, le plus souvent, qu'un doux idéal, un *horizon d'attente*. Tout au moins, pour l'instant. Si l'on peut le déplorer, rappelons-nous tout de même que « *c'est ainsi et c'est un fait. Mais c'est ainsi et cela est fait* » (13) !

- (1) Décrets n° 80-354 du 14 mai 1980 en matière interne (D. 1980. 207) et n° 81-500 du 12 mai 1981 en matière internationale (D. 1981. 221, rect. 302).
- (2) L. n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, NOR : ECOX0000021L.
- (3) Le « *divorce sans juge* » est en ce sens un exemple remarquable, où le législateur a extrait le divorce par consentement mutuel du schéma judiciaire. Néanmoins, si un enfant du couple souhaite être entendu par le juge, le divorce initialement sans juge, se muera en divorce judiciaire.
- (4) L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, de modernisation de la justice du XX<sup>e</sup> siècle, NOR : JUSX1515639L, art. titre II et titre I, art. 1<sup>er</sup> : JO 19 nov. 2016.
- (5) S. Amrani-Mekki, « *Les modes amiables de résolution des différends dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle* », *Gaz. Pal.* 2017, n° 5, p. 46.
- (6) B. Mallet-Bricout, « *Arbitrage et droit de la famille* », *Droit et Patrimoine* 2002, n° 104.
- (7) En matière d'action en réduction, de rapport, etc.
- (8) *D.* 2014, p. 2555, obs. T. Clay ; *Gaz. Pal.* 21-22 nov. 2014, p. 21, obs. D. Bensaude ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 4 nov. 2015, n° 14-22 630 (n° 1206 F-P+B) : *D.* 2015, p. 2326.
- (9) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2010, n° 09-13 155, publié au Bulletin : *RTD Civ.* 2010, p. 766, obs. J. Hauser.
- (10) V. : C. civ., art. 270 et s.
- (11) Les décisions de justice sont nombreuses dans cette affaire qui dure depuis les années 1990. V. entre autres : *D.* 2014, p. 2555, obs. T. Clay ; *Gaz. Pal.* 21-22 nov. 2014, p. 21, obs. D. Bensaude ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 4 nov. 2015, n° 14-22 630 (n° 1206 F-

---

(12) Civ., art. 953 et 954.

---

(13) A. Artaud, *Van Gogh le suicidé de la société*, in *œuvres complètes*, t. XIII, Paris : Gallimard, 1974, p. 45.

---