

# Minutes pratiques

## > QUESTION/ RÉPONSE

### Famille

## L'arbitrage en matière familiale : pourquoi, comment ?

Inf. 7

#### LA QUESTION

Pourquoi envisager l'arbitrage en matière familiale et quels rôles pour les notaires et avocats ?

#### LA RÉPONSE

L'arbitrage est reconnu comme une possibilité de règlement des conflits familiaux à caractère patrimonial. Il tend à se faire une place au regard de ses très nombreux bénéfices pour les parties. En leurs qualités de conseil ou d'arbitre, notaires et avocats y ont un rôle central à jouer.

**1. Utilité de l'arbitrage familial.** L'arbitrage familial a vocation à se développer pour de multiples raisons : engorgement de la justice familiale, considérables délais de jugement, absence totale de maîtrise de l'instance et de sa durée par la multiplicité des incidents possibles, désengagement du juge au profit des experts dont la qualité et la durée de la mission sont peu contrôlées, manque de spécialisation de certaines juridictions dans des matières patrimoniales complexes. En permettant de trouver une issue à un conflit en dehors du système juridictionnel étatique, ce mode de résolution des conflits s'inscrit naturellement dans la démarche adoptée par le législateur. Les



**Guillaume Barbe,**  
avocat au barreau  
de Paris



**Nathalie Dugaud,**  
notaire à Paris

perspectives de l'utilité de l'arbitrage sont très intéressantes : rapidité, efficacité, coût maîtrisé de la procédure et compétence des arbitres, confidentialité, réappropriation par les parties de la procédure et des débats, possibilité de statuer en équité. Ces nombreux avantages doivent pouvoir profiter à la résolution des conflits familiaux.

**2. Notaires et avocats, deux types d'interventions possibles.** Le développement de l'arbitrage familial ne peut se faire sans l'avocat et le notaire. Dans leur rôle de conseil, ceux-ci sont amenés à guider leurs clients à plusieurs étapes du processus d'arbitrage : de l'identification des dossiers arbitrables

jusqu'à l'exécution de la décision arbitrale. Mais ils peuvent aussi se trouver dans le rôle d'arbitre, s'ils sont désignés par les parties.

C'est en ce sens que des praticiens issus de ces deux professions se sont réunis pour créer un centre d'arbitrage spécialisé en droit de la famille : le Centre d'arbitrage des litiges familiaux (Calif) : [www.califarbitrage.com](http://www.califarbitrage.com) et la chambre des notaires de Paris a constitué le Centre d'arbitrage et de médiation des notaires de Paris (CMANOT) : [www.paris.notaires.fr/fr/cmanot-paris](http://www.paris.notaires.fr/fr/cmanot-paris).

La personnalité du ou des arbitres est primordiale dans un domaine du droit où les considérations humaines sont essentielles, sinon premières.

## RÔLE EN AMONT DE L'INSTANCE ARBITRALE

### Identification des dossiers arbitrables

**3.** Le premier rôle de l'avocat et du notaire, en tant que conseils, est d'identifier les dossiers pouvant être soumis à l'arbitrage, en tout ou partie. En effet, les droits dont les parties n'ont pas la libre disposition en sont exclus (*C. civ. art. 2059 et 2060*).

**4. Matières arbitrables.** En droit de la famille, le recours à l'arbitrage ne pose donc pas de difficulté en matière patrimoniale, conformément à une jurisprudence constante. Il est donc possible lorsque la matière litigieuse relève de la liquidation des régimes matrimoniaux, de l'indivision, des successions ou encore de la détermination de créances entre époux, partenaires ou concubins. Le notaire, confronté à une succession, peut ainsi proposer à ses clients de soumettre certains points à l'arbitrage, notamment s'agissant de l'appréciation de la valeur des biens à partager, du partage de la succession, de la charge fiscale de la succession ou de la validité et de l'interprétation du testament... L'avocat, saisi dans un dossier de divorce ou de séparation, peut quant à lui inviter les parties à recourir à l'arbitrage aux fins de déterminer les créances entre époux séparés de biens, l'application de règles de droit international privé, liquider et partager le régime matrimonial des époux déjà divorcés...

**5.** Les parties sont alors départagées au moyen d'une sentence, dotée de l'autorité de chose jugée et, après exequatur, de force exécutoire, en principe sans instance d'appel sauf si cela a été prévu.

**6. Matières mixtes.** Le recours à l'arbitrage se pose autrement en présence d'un différend qui ne relève que partiellement de matières arbitrables. Il appartient alors à l'avocat ou au notaire, dans leur rôle de conseil, d'apprécier attentivement cette scission. Par exemple, le principe du divorce et de la prestation compensatoire ne sont pas arbitrables, à la différence du

quantum et des modalités de la prestation compensatoire. Dans un tel cas, la résolution du différend dans son entier peut revêtir une forme mixte. La convention d'arbitrage permettant de trancher pour partie du litige, le juge étatique voit son office limité aux contentieux non arbitrables, lesquels tiennent nécessairement compte du résultat de la sentence arbitrale.

### Rédaction de la convention d'arbitrage

**7. Clause compromissoire ou compromis d'arbitrage?** Toujours en tant que conseil, l'avocat et le notaire détiennent un rôle privilégié au stade de l'élaboration de la convention d'arbitrage. De façon générale, cette convention est susceptible de prendre deux formes : une clause compromissoire, convenue entre les parties avant la survenance du litige (*V. G. Barbe, M. de Fontmichel, Les clauses compromissoires en droit de la famille, Droit de la famille 2020, n° 4, 16*), ou un compromis d'arbitrage, conclu après la survenance du litige (*V. G. Barbe, M. de Fontmichel, La pratique de l'arbitrage en matière de divorce, de séparation et de successions, JCP G 2018, 1062*).

En droit de la famille, la vocation anticipatoire de la clause compromissoire peut être prohibée comme en matière de successions ou constituer un obstacle dans certains cas. Dès lors, en la matière, le recours à l'arbitrage se traduit le plus souvent par la conclusion d'un compromis d'arbitrage.

En toute hypothèse, la convention doit être écrite à peine de nullité.

**8. Définition de l'objet du litige.** Le notaire et/ou l'avocat qui rédige(nt) le compromis d'arbitrage doit(vent) veiller à définir précisément l'objet du litige, mention obligatoire prescrite à peine de nullité et conséquence naturelle de la source conventionnelle de cette justice privée. Cette définition est d'autant plus importante qu'elle restreint le droit d'action des parties : le tribunal arbitral devient exclusivement compétent s'agissant des points litigieux qui lui sont déferés et qui, corrélativement, sont soustraits de la connaissance du juge étatique.

**9. Autres clauses.** Plus largement, le notaire et l'avocat doivent s'assurer du respect de l'ensemble des conditions de fond et de forme de la convention d'arbitrage. Ils assumeront un devoir de conseil en rappelant aux parties la portée de leur engagement.

## RÔLE LORS DE L'INSTANCE ARBITRALE

### En qualité de conseil

**10. Avocat.** L'avocat peut intervenir dans son rôle habituel de conseil et d'assistance d'une partie dans le cadre de l'instance. Par sa maîtrise des règles processuelles, il la guide dans le déroulé de la procédure arbitrale. Il peut, dans ce cadre, solliciter une adaptation du calendrier, une audience de plaidoiries sur



*En droit de la famille, le recours à l'arbitrage ne pose pas de difficulté en matière patrimoniale*



mesure, des auditions de témoins et de sachants, selon les besoins de l'affaire. L'avocat doit par ailleurs rappeler aux parties les obligations qui s'imposent à elles. Bien qu'il s'agisse d'une justice privée, l'arbitrage demeure en effet soumis à un certain nombre de règles et d'obligations procédurales (*CPC art. 1462 s.*).

**11.** Notamment, les parties doivent respecter un principe de loyauté (*CPC art. 1464*). Celui-ci se décline en deux obligations.

La première est celle de concentrer les moyens. L'avocat d'une partie à un litige soumis au tribunal arbitral doit ainsi s'assurer que l'intégralité des fondements juridiques d'une même demande sont invoqués devant celui-ci. À défaut, l'avocat expose ses clients à l'irrecevabilité, dans un second procès, des moyens non invoqués devant le tribunal arbitral.

La seconde obligation, qui est de ne pas se contredire, impose aux avocats des parties de dénoncer au tribunal arbitral les griefs susceptibles d'annuler la sentence arbitrale. À défaut, ces griefs ne pourront être invoqués à un stade ultérieur.

**12.** Y compris devant un tribunal arbitral, l'avocat déploie sa stratégie. S'il en va de l'intérêt de ses clients, il peut ainsi solliciter l'exécution provisoire de la sentence arbitrale. Cette considération a d'autant plus d'importance, qu'en principe, le délai pour exercer les voies de recours et leur exercice suspendent l'exécution de la sentence arbitrale (*CPC art. 1496*).

**13. Notaire.** Le notaire peut également jouer un rôle de conseil aux parties pendant l'instance s'il a la maîtrise du processus de l'arbitrage (voire la représenter, sous réserve, à notre sens, d'un pouvoir spécial). Son aide pourrait s'avérer utile, entre autres, pour choisir un arbitre ou un expert, pour demander des mesures provisoires ou conservatoires en les anticipant parfois pour que l'arbitrage puisse intervenir utilement, comme une demande d'expertise en cas d'urgence pour constater la détérioration d'un actif.

À cet égard, il est important de souligner l'importance de la connaissance des règles de procédure civile pour le notaire qui veut s'investir dans l'arbitrage, que ce soit en tant qu'arbitre ou en qualité de conseil.

Atout spécifique de l'arbitrage que le notaire conseil doit toujours avoir à l'esprit est la possibilité de demander que la sentence soit rendue en amiable composition ou en équité. Cela ne dispensera pas l'arbitre, bien évidemment, d'appliquer les règles de droit (et a fortiori les règles d'ordre public), mais il pourra en atténuer les conséquences pour parvenir à un résultat équitable (par exemple, une diminution des sanctions financières).

### En qualité d'arbitre

**14. Avocat.** L'avocat peut être choisi en qualité d'arbitre par les parties afin de trancher leur litige dès lors qu'il répond aux exigences d'indépendance et d'impartialité. Professionnel du droit soumis à une déontologie et rompu à la procédure, la

désignation d'un avocat en tant qu'arbitre permet aux parties de voir leur litige arbitré par un professionnel compétent et spécialisé.

**15. Notaire.** Quant au notaire, aucune incompatibilité statutaire le prive d'exercer la mission d'arbitre, dès lors qu'il ne s'agit pas du notaire antérieurement saisi du dossier. Au contraire, en raison de son statut et de ses règles déontologiques ainsi que de ses compétences et son expertise du droit de la famille, le notaire est à l'évidence prédisposé à exercer la fonction d'arbitre. Sans oublier le maillage territorial de la profession qui crée encore un atout pour l'arbitrage. Le notaire, en qualité d'arbitre, pourra faire partie d'un centre d'arbitrage et bénéficier du support et du savoir-faire de celui-ci qui gèrera les contingences pratiques et administratives, avec aussi l'existence d'un règlement du centre. Le notaire pourra aussi être désigné de manière ad hoc et, dans ce cas, le tribunal arbitral (en général constitué de trois arbitres) déterminera les règles de fonctionnement.

**16. Obligation de révélation.** Il y a dans cette fonction d'arbitre, un point de vigilance à mentionner : l'obligation de révélation. L'arbitre doit révéler, avant d'accepter la mission toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité (*CPC art. 1456, al. 2*). Il conviendra donc, avant d'accepter une mission d'arbitrage (ou pendant l'instance si des circonstances telles apparaissent), de révéler tout ce qui pourrait créer un doute raisonnable dans l'esprit des parties sur son impartialité. Ce sera par exemple le cas si le notaire désigné a été notaire de l'une des parties. Néanmoins, si cela est révélé et accepté de l'autre partie, il n'y aura pas d'empêchement. Ce sera le cas, autre exemple, si le notaire a un courant d'affaires avec l'avocat d'une des parties. Pour exercer ces missions d'arbitrage, compte tenu des exigences de célérité, le notaire arbitre devra être disponible.

### RÔLE AU STADE POST-ARBITRAL

**17. Avocat.** Loin de voir sa mission achevée au jour de l'obtention de la sentence arbitrale, l'avocat est véritablement associé à sa bonne exécution par les parties. Si la sentence arbitrale peut être exécutée spontanément par les parties, il est parfois nécessaire de recourir à son exécution forcée. L'avocat peut alors recevoir, de ses clients, mission d'assurer l'exécution de la sentence et il lui appartient de diligenter une procédure en exequatur devant les juridictions étatiques conformément aux articles 1487 et 1488 du Code de procédure civile.

**18.** Au-delà du prononcé de la sentence arbitrale, l'avocat exerce sa mission de conseil s'agissant de l'exercice des voies de recours pouvant être formées à l'encontre de la sentence. Les parties sont en effet libres de convenir dans la convention d'arbitrage de la possibilité ou non de faire appel de la sentence arbitrale.



*Le notaire peut également jouer un rôle de conseil aux parties*



**19. Notaire.** Le notaire, au stade post-arbitral, retrouve son rôle classique de rédacteur (et ici l'on suppose qu'il n'est pas intervenu pendant l'instance arbitrale ni en qualité d'arbitre ni en qualité de conseil). Une fois la difficulté tranchée par le tribunal arbitral, si elle est acceptée par les parties, le notaire pourra préparer et recevoir les actes notariés pris en exécution de la sentence que le litige avait empêché ou différé : partage, vente ... avec l'avantage de la force exécutoire de l'acte notarié. Il

pourrait également être concevable qu'une partie, pour obtenir la force exécutoire, demande au notaire d'établir l'acte conformément à la décision. Par exemple, si le tribunal statue sur un partage litigieux et constate l'obligation d'une partie au règlement d'une soule.

*Cet article présentant l'arbitrage familial sera prochainement suivi de cas pratiques des mêmes auteurs.*



**Conclusion :** Notaires et avocats ont un rôle fondamental à jouer en matière d'arbitrage du droit de la famille, du fait de leur maîtrise de la matière et de leur connaissance également de la procédure. Ici encore, la complémentarité des professions est évidente : tour à tour prescripteurs, arbitres ou facilitateurs avec l'utilisation des clauses compromissoires. Le développement et le succès de l'arbitrage est entre les mains de ceux qui auront à cœur de s'y investir.