

12 Les clauses compromissoires en droit de la famille



Guillaume BARBE,
avocat à la cour,
cabinet Cadiou-Barbe



Maximin de FONTMICHEL,
professeur de droit, université de Bretagne Occidentale,
directeur du Master Arbitrage et commerce international,
université Paris Saclay

L'arbitrage présente de nombreux avantages dans la résolution des conflits familiaux : la liberté de constituer un tribunal arbitral compétent, la confidentialité dans le traitement des affaires sensibles, une disponibilité de la formation de jugement pour l'écoute et la gestion des émotions des parties, du temps pour l'oralité lors des plaidoiries, auditions de témoins et experts et, enfin, un règlement du litige dont la temporalité est maîtrisée par accord entre les parties ¹.

Ces vertus amènent les praticiens à s'organiser pour favoriser le développement de l'arbitrage en droit de la famille.

1 - Un véritable centre d'arbitrage des litiges familiaux (Calif), associant avocats, notaires et universitaires, a vu le jour en février 2019, l'idée de ses fondateurs étant « de faire de l'arbitrage un nouveau réflexe à l'instar de ce qui peut se faire dans les pays anglo-saxons » ².

2 - Or, pour atteindre cet objectif, les parties doivent valablement conclure des conventions d'arbitrage – clauses compromissoires et compromis – leur permettant de prévoir, avant et après la naissance du litige, les modalités du recours à ce mode de résolution extra-judiciaire des différends ³. Le consentement est en effet la clé qui ouvre les portes de l'arbitrage, la conclusion d'une convention d'arbitrage valable étant la condition *sine qua non* au déclenchement de l'arbitrage conventionnel ⁴.

3 - Dans cette étude, une attention particulière sera portée à la clause compromissoire en ce que le compromis est moins utilisé en pratique, puisqu'il suppose un accord des parties alors qu'un litige les oppose déjà ⁵. À cet égard, il faut noter que, depuis très longtemps, les parties peuvent recourir à l'arbitrage, via compromis, en matière de liquidation successorale ⁶ ou de régimes matrimoniaux ⁷.

4 - Il convient donc de s'interroger sur la validité de la clause compromissoire, c'est-à-dire la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats de droit de la famille s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître de ce ou ces contrats.

1. Les conditions de validité de la clause compromissoire en matière familiale –

5 - Le droit de la famille partage avec l'arbitrage deux sources principales : le Code civil et le Code de procédure civile. Ainsi, et *a priori*, les règles de validité de la clause compromissoire en droit commun de l'arbitrage sont celles qui s'appliquent pour apprécier une clause compromissoire en matière familiale. Partant du droit commun de l'arbitrage qui pose certaines conditions de fond et de forme de la clause compromissoire, il convient de savoir comment la rédiger et de connaître les conditions de son insertion dans le domaine familial.

6 - Le droit français de l'arbitrage, attaché à un régime dualiste ⁸, développe des règles distinctes de validité de la clause compromissoire, selon qu'il s'agit d'arbitrage interne ou international. L'internationalité du litige soumis à l'arbitrage ne s'entend pas comme l'internationalité du contrat. C'est au moment de l'apparition du litige que le caractère international, ou non, de l'arbitrage doit être déterminé ⁹. En droit français, la détermination de l'internationalité ne dépend pas de critères d'extranéité juridique (*i.e.* nationalité des parties ou domiciliation), mais de critères économiques à partir du fond du litige.

A. - En matière interne

7 - La validité de la clause est subordonnée à une condition de forme et trois conditions de fond.

La condition de forme impose un écrit. En vertu des articles 1174 et suivants du Code civil, cet écrit peut valablement prendre la forme d'un écrit électronique.

Les conditions de fond sont énoncées dans deux sources internes distinctes.

8 - Dans le Code de procédure civile, d'abord, où l'article 1444 dispose que la convention d'arbitrage « désigne [...] le ou les arbitres, ou prévoit les modalités de leur désignation ». Cette condition est satisfaite soit directement si la clause désigne les arbitres

1. V. en ce sens, B. Mallet-Bricout, *Arbitrage et droit de la famille* : Dr. & patr. mai 2002, p. 59.

2. V. Avena-Robardet, *Premier centre d'arbitrage des litiges familiaux !* : AJ fam. 2019, p. 229.

3. V. G. Barbe, M. de Fontmichel, *La pratique de l'arbitrage en matière de divorce, de séparation et de successions* : JCP G 2018, 1062.

4. V. généralement sur ce thème : J. Billefont, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, préf. Ch. Jamin : LGDJ, coll. Thèses, 2013. – Ch. Panou, *Le consentement à l'arbitrage – Étude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage*, préf. V. Heuzé : éd. IRJS, 2011.

5. L. Cadiet, Th. Clay, *Les modes alternatifs de règlement des différends* : Dalloz, coll. Connaissances du droit, 2^e éd., 2017, p. 19.

6. Cass. req., 5 févr. 1900 : D. 1900, I, p. 176. – CA Paris, 11 févr. 1971 : Rev. arb. 1973, p. 29, E. Loquin.

7. Cass. 2^e civ., 25 janv. 1963 : JurisData n° 1963-700087 ; Bull. civ. II, n° 87 ; JCP G 1964, II, 13472.

8. J. Pellerin, *Monisme ou dualisme de l'arbitrage* : Gaz. Pal., 17 oct. 2006, n° 290, p. 5.

9. Ch. Jarrosson, J. Pellerin, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011* : Rev. arb. 2011, p. 5, n° 83. – CA Paris, 29 mars 2001 : JurisData n° 2001-184972 ; Rev. arb. 2001, p. 543, D. Bureau.

ou leur mode de désignation, soit indirectement en faisant référence à un centre d'arbitrage, tel que le Calif, qui prévoit de telles modalités dans son règlement.

9 - Dans le Code civil, est fixée la condition relative à l'arbitrabilité des litiges, qui est limitée aux seuls droits disponibles : l'article 2059 prévoit que les parties peuvent compromettre « sur les droits dont elles ont la libre disposition ». L'article 2060 précise 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 ».

C'est assurément la condition de fond la plus problématique dans le domaine qui nous concerne.

10 - À cet égard, il convient d'éclairer les évolutions récentes du droit français au soutien du développement de l'insertion de conventions d'arbitrage pour les litiges familiaux internes, du moins lorsqu'ils sont de nature patrimoniale.

11 - La jurisprudence française a maintes fois décidé que le caractère d'ordre public d'une matière ne suffit pas à rendre le litige inarbitrable¹⁰. Par conséquent, son évolution a rendu lettre morte les termes de l'article 2060 du Code civil, lesquels visent les « matières qui intéressent l'ordre public », pour déterminer l'inarbitrabilité des litiges.

12 - Toutefois, perdure le critère de libre disponibilité des droits et donc des matières extra-patrimoniales expressément exclues de l'arbitrage. Par une lecture combinée des articles 2059 et 2060 du Code civil, on tend classiquement à opposer le droit patrimonial, qui serait disponible – et donc pourrait faire l'objet d'une clause compromissoire – et la matière extrapatrimoniale, qui serait indisponible – et ne pourrait donc pas faire l'objet d'une clause compromissoire¹¹. Selon cette lecture, la clause compromissoire ne pourrait pas être opposable lorsqu'elle concerne des litiges portant sur des droits extrapatrimoniaux « durs », tels l'établissement ou la contestation de la filiation et l'adoption. Néanmoins, certains domaines du droit de la famille portent à la fois sur des droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux et les frontières sont de plus en plus poreuses. L'une des raisons principales à cela est la contractualisation du droit de la famille. L'instauration d'un divorce « sans juge » en droit interne par la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle du 18 novembre 2016 et la déjuridictionnalisation du divorce par consentement mutuel par la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice du 23 mars 2019 tendent à faire sortir le contentieux du divorce des prétoires¹².

13 - De là, une incertitude devra être levée par les juges : le fait pour un justiciable, assisté de son avocat, de pouvoir décider de questions d'autorité parentale et de résidence des enfants rend-il ces droits disponibles et donc arbitrables ? Deux positions légitimes sont envisageables selon que l'on adopte une approche civiliste ou processualiste de la question. La première, qui tend à définir un droit disponible par rapport à la faculté du sujet à le maîtriser ou à pouvoir y renoncer, conduirait à les inclure dans la catégorie des droits disponibles. La seconde conduirait à admettre le contraire. En effet, on peut considérer un droit indisponible lorsqu'il relève de la compétence exclusive d'une juridiction ou qu'il fait l'objet d'un contentieux entre les parties. L'autorité parentale ou la résidence des enfants ne seraient disponibles que parce qu'il y a un consentement entre les parties. Dans cette acception, ces deux questions liées au divorce demeureraient inarbitrables.

10. Cass. com., 29 nov. 1950 : JCP G 1951, IV, 5 ; D. 1951, p. 170 ; RTD civ. 1951, p. 105, P. Hébraut ; RTD com. 1951, p. 275, M. Boitard ; S. 1951, I, p. 120, J. Robert. – CA Paris, 19 mai 1993 : RTD com. 1993, p. 494 ; Rev. arb. 1993, p. 644, Ch. Jarrosson ; JDI 1993, 957.

11. J.-B. Racine, *L'arbitrabilité des litiges de droit de la famille* : Dr. & patr. 2017, p. 31.

12. D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières (dir.), *La contractualisation de la famille* : Economica, 2001. – S. Moracchini-Zeidenberg, *La contractualisation du droit de la famille* : RTD civ. 2016, p. 773.

14 - La troisième condition de fond en matière interne est liée à l'opposabilité de la clause compromissoire : l'article 2061 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi J21 du 18 novembre 2016, se contente désormais de rappeler que la clause compromissoire « doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose » et précise même que cela n'implique pas qu'elle ait été signée par celle-ci dès lors qu'elle a « succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée ». La clause compromissoire peut donc être étendue ou transmise à un non-signataire.

15 - La clause compromissoire nécessite une acceptation entre deux parties qui exclut la possibilité de l'inclure dans un testament¹³, un engagement écrit unilatéral¹⁴ ou une promesse unilatérale.

B. - En matière internationale

16 - La convention d'arbitrage est valable, indépendamment de toute loi étatique. Façonnée par l'arrêt *Hecht* de 1972¹⁵, consolidée par la suite dans les arrêts *Dalico*¹⁶, *Zanzi*¹⁷ et *Soerni*¹⁸, l'appréciation du consentement à l'arbitrage échappe aussi bien aux règles du Code civil français qu'aux lois étrangères. Elle est assurée par une règle matérielle qui donne toute sa force au principe du consensualisme et qui assure, dans la grande majorité des cas, l'efficacité de la convention d'arbitrage.

17 - Ainsi, l'arbitrabilité et l'opposabilité des litiges en matière internationale sont appréciées de manière beaucoup plus libérale et laissent voir une terre de prédilection pour l'arbitrage en droit de la famille. On pense aux compromis d'arbitrage dans les successions internationales, à des clauses compromissoires dans des statuts de sociétés créées entre époux ou concubins incluant des actifs multi-localisés et des droits applicables multiples, dans des actes d'acquisition entre binationaux, des contrats de prêts, de cautionnement, de *leasing* sur des meubles ou des immeubles, des *trusts*. Les contrats de mariage entre binationaux avec des intérêts économiques multi-localisés, pour ce qui concerne les volets liquidatifs, ainsi que les contrats de changement de régimes matrimoniaux entre binationaux peuvent aussi contenir des clauses compromissoires.

2. Les accords permettant une rédaction ample et sans restriction de la clause compromissoire

18 - En droit de la famille, certains accords permettent d'envisager le recours à l'arbitrage pour gérer tous les aspects du litige relatifs audit acte. Il s'agit donc d'exposer les actes dans lesquels une clause compromissoire peut être insérée en toute sérénité.

● Le Pacs

19 - La particularité du Pacs est précisément d'être l'affaire des partenaires contractants. Deux personnes recourent au cadre

13. A. Devers, *L'arbitrage en droit de la famille* : Dr. famille 2019, dossier 7 : « la validité *ex ante* d'une clause unilatérale du testament imposant le recours à l'arbitrage est douteuse ».

14. G. Barbe, R. Lolev, J. Pierrot-Blondeau, *L'obligation naturelle : un outil de droit commun au service du droit de la famille* : RJPF 2018/9, n° 7.

15. Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 1972 : Rev. arb. 1974, p. 89 ; JDI 1972, 843, B. Oppetit ; Rev. crit. DIP 1974, p. 82, P. Level.

16. Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 1993 : JDI 1994, 432, E. Gaillard ; JDI 1994, 690, E. Loquin ; Rev. crit. DIP 1994, p. 663, P. Mayer ; Rev. arb. 1994, p. 116, H. Gaudemet-Tallon.

17. Cass. 1^{re} civ., 5 janv. 1999 : Bull. civ. I, n° 2 ; Rev. arb. 1999, p. 260, Ph. Fouchard ; Rev. crit. DIP 1999, p. 546, D. Bureau ; D. 1999, p. 291, X. Delpech ; RTD com. 1999, p. 380, E. Loquin ; RGDP 1999, p. 409, M.-Cl. Rivier ; Dr & patr. 2000, p. 2514, P. Mousseron ; RDAI 1999, 823, Ch. Imhoos ; Gaz. Pal. 9-11 janv. 2000, p. 64 ; Gaz. Pal. 13-14 oct. 2000, p. 10, E. du Rusquec.

18. Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2009 : Rev. arb. 2009, p. 529, D. Cohen ; D. 2009, p. 1957, X. Delpech ; D. 2009, p. 2961, Th. Clay ; JCP G 2009, I, 462, J. Ortscheidt ; CAPJIA 2010, p. 97, F.-X. Train.

contractuel pour organiser et construire leur vie commune. La clause compromissoire peut constituer un mode de résolution des litiges entre partenaires d'un pacte civil de solidarité¹⁹.

● Le contrat ou la convention de concubinage

20 - Les concubins ont la possibilité de conclure une convention – un contrat de concubinage – afin d'organiser leur vie commune, de fixer les règles de communauté de vie et le régime primaire en matière pécuniaire²⁰.

21 - Ces conventions ne peuvent porter par principe que sur les rapports pécuniaires entre ceux-ci en organisant la gestion de patrimoine, sans pouvoir mentionner les rapports personnels des concubins²¹. Le régime étant purement contractuel et le contrat ne portant que sur les aspects patrimoniaux du concubinage, la clause compromissoire peut couvrir l'ensemble des litiges entre concubins résultant du contrat de concubinage.

● La clause de tontine

22 - La clause de tontine insérée dans un acte d'acquisition – qui permet à chacun des acquéreurs de devenir propriétaire sous condition résolutoire du décès de l'autre et sous condition suspensive de sa propre survie – s'inscrit dans un cadre purement contractuel. Elle est soumise au droit commun des contrats.

23 - Le régime du pacte tontinier est indéterminé et de nombreuses questions restent à résoudre. Comment déterminer le droit de chacune des parties lorsqu'elles sont toutes les deux en vie ? Quels sont les actes qu'elles peuvent passer ou non ? Comment organiser le droit de jouissance du bien en cas de séparation du couple ? Quels sont les droits des créanciers sur les biens²² ?

24 - L'arbitrage a un vrai rôle à jouer ici : il offrira davantage de sécurité juridique aux parties en cas de litige dès lors que ces dernières pourront choisir un tribunal compétent et avoir un rôle actif dans la résolution du litige.

● Les accords d'indivision (convention ou acte d'acquisition d'un bien immobilier en indivision)

25 - Concernant la convention, elle n'établit pas l'indivision (*C. civ., art. 1873-3*), mais elle facilite son fonctionnement. Elle permet d'organiser la durée de l'indivision, la répartition des pouvoirs ou encore de stipuler une clause d'acquisition par les coindivisaires du prémourant. Ne portant pas sur le principe même de l'entrée en indivision, mais sur les modalités, il est à l'évidence possible d'inclure une clause compromissoire pour prévoir une résolution par un arbitre, en cas de litige sur les modalités de mise en œuvre de l'indivision. C'est en ce sens que se prononcent la doctrine²³ et la jurisprudence²⁴.

26 - L'insertion d'une clause compromissoire dans un acte d'acquisition d'un bien immobilier entre indivisaires liés familialement ou par une communauté de vie est possible. Elle permettra la résolution de litiges afférents au fonctionnement de l'indivision ou à sa dissolution et sa liquidation.

27 - En outre, une donation ou une cession de droits démembrés entraînerait la transmission de la clause compromissoire pour les bénéficiaires de la donation.

● La donation-partage

28 - La donation-partage est le contrat par lequel une personne distribue, de son vivant et irrévocablement, tout ou partie de sa

succession (*C. civ., art. 1075*). Ce contrat est de nature patrimoniale et vise principalement la transmission de biens ou d'entreprises à caractère industriel, commercial, artisanal, agricole ou libéral exploitées sous la forme sociétaire, dès lors que le disposant exerce des fonctions de direction dans cette entreprise. C'est un contrat qui se prête à l'insertion d'une clause compromissoire tant en raison de sa nature consensuelle que des litiges qui découlent de ce type d'acte.

● Les statuts constitutifs d'une société civile immobilière (SCI)

29 - L'organisation de la patrimonialité familiale donne une place au droit des sociétés puisque des concubins, partenaires, époux, mais aussi de manière transgénérationnelle entre des parents, enfants ou petits-enfants, constituent des sociétés civiles propriétaires de biens immobiliers.

30 - Les parts de ces sociétés peuvent en outre être démembrées entre nue-propriété et usufruit et il n'est pas inutile de rappeler que ni le juge du divorce ni celui de la liquidation du régime matrimonial ne sont compétents pour régler le sort d'une SCI.

31 - En conséquence, il peut être extrêmement opportun d'insérer une clause compromissoire permettant d'envisager toutes les conséquences de dysfonctionnements sociaux au sein de la société, l'organisation de la vie sociale pendant une période de blocage, l'organisation et les conditions de la dissolution, la valorisation du bien immobilier et des parts sociales... d'autant plus que le juge étatique de la liquidation des intérêts patrimoniaux n'est pas celui de la liquidation de la société quand l'arbitrage permet de regrouper tous les contentieux auprès du même tribunal arbitral.

Dans tous ces contrats, la clause compromissoire pourrait être rédigée ainsi :

Arbitrage institutionnel (géré par un centre d'arbitrage)

Tous les litiges relatifs au présent contrat [qui n'aura pu être réglé amiablement par les parties dans un délai de... jours à compter de la date de réception par la partie B de la notification par la partie A de la survenance de ce différend] seront tranchés définitivement par voie d'arbitrage conformément au règlement d'arbitrage du centre d'arbitrage des litiges familiaux (Calif). Le tribunal arbitral sera composé de [un ou trois] arbitre(s) et siègera à...²⁵.

Arbitrage ad hoc (hors toute intervention d'un centre d'arbitrage)

Tous les litiges relatifs au présent contrat [qui n'aura pu être réglé amiablement par les parties dans un délai de... jours à compter de la date de réception par la partie B de la notification par la partie A de la survenance de ce différend] seront tranchés définitivement par voie d'arbitrage. Le tribunal arbitral sera composé de [un ou trois] arbitre(s) et siègera à....

[En cas de choix d'arbitre unique préciser] : L'arbitre unique sera nommé d'un commun accord entre les parties. À défaut d'accord dans un délai de... jours à compter de la notification de la demande d'arbitrage, celui-ci sera nommé par le juge d'appui [CPC, art. 1459] saisi comme en matière de référé par la partie la plus diligente.

19. H. Croze, *Les (non) conséquences procédurales du pacte civil de solidarité : Procédures 2000, chron. 2, p. 7.*

20. L. Mayaux, *Les contrats de concubinage, in Concubinage, Approche socio-juridique, [t.2], p. 43.*

21. L. Mayaux, *Les contrats de concubinage, in Concubinage, Approche socio-juridique, [t.2], p. 50.*

22. *Clause de tontine ou clause d'accroissement : une nouvelle jeunesse : LPA, n° 106, p. 76.*

23. B. Delesalle, *Médiation et arbitrage dans les conflits familiaux soumis au notaire : Defrénois 2017, hors-série, p. 15.*

24. *CA Angers, 4 oct. 2011, n° 09/00265* : il s'agit toutefois ici d'un litige commercial.

25. Cette rédaction suffit à l'efficacité de la convention d'arbitrage. Les rédacteurs pourront ajouter des termes relatifs à la confidentialité de l'arbitrage ou si le tribunal arbitral statue en droit ou en équité. Dans l'hypothèse d'un litige international, ils pourront aussi préciser la loi applicable au fond et la langue de l'arbitrage.

[En cas de choix d'un arbitrage à trois arbitres préciser] : La partie A devra faire connaître le nom de l'arbitre qu'elle a choisi dans sa demande d'arbitrage. La partie B disposera d'un délai de... jours à compter de la date de réception de la demande pour choisir un arbitre. Le troisième arbitre, qui exercera les fonctions de président du tribunal arbitral, sera nommé par les deux arbitres dans un délai de... jours à compter de la date de nomination du deuxième arbitre. En cas de difficulté de désignation d'un arbitre, la partie la plus diligente pourra saisir le juge d'appui [CPC, art. 1459]. L'arbitrage sera [confidentiel ou non confidentiel]. Le tribunal statuera [en droit ou en équité]. La voie de l'appel est [fermée ou ouverte]²⁶.

3. Les accords imposant une rédaction ciblée et mesurée de la clause compromissoire

32 - D'autres types d'accords requièrent une rédaction ciblée et mesurée de la clause quant aux litiges pouvant être soumis ou non à l'arbitrage.

Il reviendra aux professionnels, rédacteurs d'actes, de s'assurer de la validité de la clause compromissoire insérée dans ces contrats familiaux où certains domaines sont exclus de l'arbitrage et où l'incertitude demeure. Par exemple, si la clause compromissoire vise des droits indisponibles, tels que le principe de l'attribution d'une prestation compensatoire, cela entraîne-t-il la nullité de la clause dans son intégralité ou l'arbitre pourrait-il, au contraire, statuer sur les modalités de fixation de la prestation compensatoire après avoir renvoyé la question du principe de l'attribution au juge étatique ? Cette interrogation demeure.

33 - À la lecture du Code civil, on comprend que les clauses compromissoires portant sur des droits litigieux dont les parties ne disposent pas (C. civ., art. 2059) ou portant sur des questions sur lesquelles on ne peut compromettre expressément (C. civ., art. 2060) peuvent être sanctionnées par la nullité.

Afin de palier le manque de clarté du droit positif sur ce point, les praticiens devront faire preuve de la plus grande vigilance dans la rédaction de la clause compromissoire.

● Le divorce

34 - Sur le principe du divorce, qui relève d'une matière indisponible, l'insertion d'une clause compromissoire semble exclue. De même, dans le cadre d'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 n'est pas possible.

35 - Toutefois, dans le cadre des divorces contentieux, des conséquences pécuniaires sont par principe disponibles dès lors que cela relève de la matière patrimoniale. Il est donc possible de conclure une convention d'arbitrage sur ce point, en amont du litige.

36 - Aussi, l'insertion d'une clause compromissoire est possible dans les conventions de divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats (C. civ., art. 229-1 s. et 1374. - CPC, art. 1144 s.), notamment dans l'hypothèse de la survénance d'un litige sur les questions patrimoniales, d'exécution de la convention et, plus généralement, de droit commun des contrats et donc de sa validité même.

37 - Au même titre, l'acte liquidatif d'un régime matrimonial et de partage, qu'il soit notarié s'il existe des biens immobiliers ou contractuel en l'absence de patrimoine immobilier, le cas échéant rédigé sous la forme d'un acte d'avocat, permet l'insertion d'une clause compromissoire relative aux questions d'interprétation, de mise en œuvre ou d'exécution.

26. À défaut de précision, en arbitrage interne, l'appel sera fermé. En matière d'arbitrage international, l'appel est interdit (CPC, art. 1518).

38 - Dès lors qu'aucune instance en divorce n'est engagée, les époux ne peuvent pas valablement transiger sur leur droit futur à prestation compensatoire²⁷, ce qui semble exclure toute possibilité d'insérer une clause compromissoire en amont de l'instance en divorce.

39 - On peut toutefois légitimement se demander si les modalités de la mise en œuvre de la prestation compensatoire (*quantum* et modalités de paiement) ne sont pas disponibles et donc arbitrables ? Pour résoudre cette difficulté, on peut s'inspirer « de la manière dont le droit de l'arbitrage a résolu des problèmes complexes d'arbitrabilité », notamment en matière de brevets²⁸, la jurisprudence ayant fait la distinction entre la validité du brevet inarbitrable, car indisponible²⁹, et le contentieux lié à l'exploitation du brevet dans toutes ses facettes, arbitrable. Il est donc possible de conclure une clause compromissoire sur la question de la valeur d'un brevet, mais pas sur la question de savoir à qui appartient le brevet.

40 - On peut donc imaginer que, selon ce même modèle, il soit possible de conclure : une clause compromissoire sur les modalités de mise en œuvre de la prestation compensatoire ainsi que sur les conséquences pécuniaires du divorce.

● Le pacte de famille

41 - Le pacte de famille a vocation à organiser la vie de la famille, pendant une période précédant une décision définitive de séparation, ou pendant le temps de discussions amiables, pouvant permettre d'organiser la séparation définitive d'une famille « naturelle ».

42 - Ces pactes peuvent être relatifs : aux mineurs (C. civ., art. 376-1 et 373-2-1) dont les mesures nécessairement indisponibles ne sauraient faire l'objet d'une clause compromissoire ; aux époux pour fixer les modalités de résidence séparée, déterminer la cessation de la communauté de vie, des dispositions relatives au logement du ménage, aux biens (gestion, jouissance des meubles, prise en charge du passif, durée...) ou aux concubins et partenaires d'un Pacs.

43 - Certains droits concernés par le pacte de famille sont indisponibles, d'autres disponibles et donc susceptibles d'être ainsi couverts par une convention d'arbitrage.

● Le contrat de mariage

44 - Si les époux décident de passer un contrat de mariage, le régime est celui qu'ils déterminent par leur volonté. S'agissant de cet accord, le contrat de mariage est soumis au droit commun des actes juridiques. Il permet de déterminer le régime matrimonial applicable à l'union des époux. En ce sens, il n'y a aucune raison apparente d'exclure l'insertion d'une clause compromissoire.

45 - Les parties étant en mesure de définir et de limiter précisément le pouvoir des arbitres dans la clause compromissoire afin de réduire, voire d'écartier, le risque de violation de l'ordre public ou du principe d'indisponibilité, il sera prudent de la limiter aux aspects patrimoniaux, c'est-à-dire à la liquidation du régime matrimonial et au partage, aux créances entre époux, et de l'accompagner d'une décharge de conseil donné afin d'éviter toute contestation par une partie qui se dirait « faible » de nombreuses années plus tard.

● La convention notariée de changement de régime matrimonial

46 - Le régime matrimonial des époux peut être modifié par acte notarié à condition de remplir certaines conditions (C. civ.,

27. Cass. 1^{re} 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. - En sens contraire : Cass. 1^{re} civ., 11 mars 2009, n° 08-13.431 : *JurisData* n° 2009-047362 ; *Dr. famille* 2009, comm. 81, M. Farge ; la prestation compensatoire est disponible dans un contexte particulier pour appliquer la loi française à des époux de nationalité marocaine qui avaient décidé de divorcer en France.

28. CA Paris, 28 févr. 2008 : *D.* 2008, p. 1325, R. Meese ; *D.* 2008, p. 3113, Th. Clay.

29. CA Paris, 24 mars 1994 : *Rev. arb.* 1994, p. 515, Ch. Jarrosson. - CA Paris, 3 févr. 1992 : *RTD com.* 1993, p. 293, J.-C. Dubarry et E. Loquin.

art. 1397). Le changement peut concerner la composition des patrimoines, leur gestion ou la liquidation des intérêts pécuniaires des époux à la dissolution du régime. Il est envisageable, comme pour le contrat de mariage, d'inclure dans les mêmes conditions de prudence rédactionnelle une clause compromissoire.

Dans ces contrats, la clause compromissoire pourrait être rédigée ainsi :

Arbitrage institutionnel

« Les parties désignent le centre d'arbitrage des litiges familiaux (Calif) afin d'organiser les conditions de leur arbitrage et la constitution du tribunal arbitral. Le ou les arbitre(s) ainsi désigné(s) a(uront) à trancher les points suivants : 1... ; 2... ; 3...

ou

« Le ou les arbitre(s) ainsi désigné(s) a(uront) à trancher tous les litiges nés à l'occasion du contrat, à l'exception de : 1... ; 2... ; 3...

Arbitrage ad hoc

« Les parties auront recours à l'arbitrage pour trancher définitivement les litiges nés à l'occasion du présent contrat portant sur : 1... ; 2... ; 3...

ou

« Les arbitres auront recours à l'arbitrage pour trancher définitivement tous les litiges nés à l'occasion du contrat, à l'exception de : 1... ; 2... ; 3...

Le tribunal arbitral sera composé de [un ou trois] arbitre(s) et siégera à....

[En cas de choix d'arbitre unique préciser] : l'arbitre unique sera nommé d'un commun accord entre les parties. À défaut d'accord dans un délai de... jours à compter de la notification de la demande d'arbitrage, celui-ci sera nommé par le juge d'appui [CPC, art. 1459] saisi comme en matière de référé par la partie la plus diligente.

[En cas de choix d'un arbitrage à trois arbitres préciser] : la partie A devra faire connaître le nom de l'arbitre qu'elle a choisi dans sa demande d'arbitrage. La partie B disposera d'un délai de... jours à compter de la date de réception de la demande pour choisir un arbitre. Le troisième arbitre, qui exercera les fonctions de président du tribunal arbitral, sera nommé par les deux arbitres dans un délai de... jours à compter de la date de nomination du deuxième arbitre. En cas de difficulté de désignation d'un arbitre, la partie la plus diligente pourra saisir le juge d'appui [CPC, art. 1459].

L'arbitrage sera [confidentiel ou non confidentiel].

Le tribunal statuera [en droit ou en équité]. La voie de l'appel est [fermée ou ouverte].

Mots-Clés : Droit de la famille - Arbitrage - Clauses compromissoires