

Minutes pratiques

> QUESTION/ RÉPONSE

FAMILLE

La clause compromissoire dans le contrat de mariage

Inf. 12

LA QUESTION

Pourquoi insérer une clause compromissoire dans un contrat de mariage ?

LA RÉPONSE

Cela permet d'assurer aux époux, en cas de désaccord futur sur la liquidation de leur régime, le recours à l'arbitrage, mode de résolution alternatif du conflit offrant de nombreux avantages pratiques.

Intérêt de l'arbitrage familial

1. L'arbitrage a vocation à offrir une issue à un litige en dehors du système juridictionnel étatique. Ce mode de résolution des conflits s'inscrit ainsi naturellement dans l'évolution récente de contractualisation et de déjudiciarisation du droit de la famille. Les perspectives de développement de l'arbitrage familial sont nombreuses. Face au manque de spécialisation de certaines juridictions dans des matières patrimoniales complexes et à l'engorgement des juridictions, cette forme de justice privée permet aux parties de voir leur litige tranché plus rapidement, par des arbitres spécialisés, et selon des coûts maîtrisés. D'autres bénéfices, caractéristiques de ce mode de résolution des litiges, sont profitables aux parties : la confidentialité, la réappropriation de la procédure et des débats ou encore la possibilité de statuer en équité (Voir G. Barbe et N. Dugaud, *L'arbitrage en matière familiale : pourquoi, comment ?* : SNH 18/21 inf. 7).

2. Insérer une clause compromissoire dans un contrat de mariage permet ainsi, en cas de désaccord sur la liquidation du



Nathalie Couzigou-Suhas,
notaire à Paris



Guillaume Barbe,
cabinet
Cadiou-Barbe,
avocat
au Barreau
de Paris

régime matrimonial, de s'assurer le recours à l'arbitrage, lequel est depuis longtemps reconnu par la jurisprudence comme une possibilité de règlement des conflits familiaux à caractère patrimoniaux.

Insertion d'une clause compromissoire dans un contrat de mariage

3. Selon une définition classique, le contrat de mariage est un contrat passé devant notaire, avant le mariage, et par lequel les futurs époux fixent le régime de leurs biens pendant la durée de leur union, par référence au régime de droit commun, soit pour l'adopter, par exemple en présence d'une situation affectée d'un élément d'extranéité, soit pour le modifier, soit pour adopter un autre régime matrimonial. Le contrat de mariage peut en outre contenir des dispositions prévoyant des libéralités consenties entre époux ou organisant les modalités de contribution aux charges du mariage.

4. Le contrat de mariage est donc par nature une convention d'organisation patrimoniale par laquelle les époux fixent le

régime de leurs biens. Partant, l'objet du contrat de mariage s'insère parfaitement dans les contours de la matière arbitrale, délimitée par les articles 2059 et 2060 du Code civil. Tous les litiges sont en effet arbitrables, à l'exception des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition, désormais seul critère de distinction entre ce qui est arbitral et ce qui ne l'est pas. L'exclusion, aux termes de ces textes, des matières intéressant l'ordre public n'est en effet plus pérenne au regard de l'évolution de la jurisprudence, qui affirme que le caractère d'ordre public est insuffisant à rendre le litige inarbitral (*Cass. com. 20-11-1950, Tissot c/Neff : JCP G 1951 IV 5; CA Paris 19-5-1993 : RTD com. 1993 p. 494 obs. E. Loquin*). Le tribunal arbitral est ainsi compétent pour connaître des litiges mettant en cause des règles d'ordre public. Une cour d'appel a ainsi jugé que l'application des règles d'ordre public sur le droit successoral et matrimonial n'empêche pas la soumission du litige à l'arbitre avec mise en œuvre par lui des règles impératives du droit (*CA Paris 17-5-2006 n° 06/01658*). Le tribunal arbitral a simplement le devoir de les respecter et d'en sanctionner la violation. En conséquence, il est parfaitement possible de compromettre s'agissant de la liquidation d'un régime matrimonial, dont les droits sont par nature disponibles.

5. La jurisprudence a ainsi validé, de longue date, l'arbitrage aux fins de liquider un régime matrimonial (*Cass. 2° civ. 25-1-1963 : Bull. civ. II n° 87; voir également en la matière, s'agissant d'un compromis d'arbitrage, Cass. 1° civ. 8-2-2000 n° 95-14.330 : Bull. civ. I n° 36*).

6. Le recours à l'arbitrage peut ainsi se traduire par l'insertion dans le contrat de mariage d'une clause compromissoire, laquelle est, « la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats » (*CPC art. 1442, al. 2*). Notons que lorsque la convention d'arbitrage est conclue après la survenance du litige, elle revêt la forme d'un compromis d'arbitrage (*CPC art. 1442, al. 3*).

7. La question de l'éventuelle longue durée d'un mariage et le fait que les parties peuvent avoir des patrimoines très divers lors de la signature du contrat de mariage mais aussi au cours du mariage, conduisent à s'interroger sur la validité de la clause compromissoire. En réalité, la jurisprudence a déjà apporté des éléments de réponse.

8. Ainsi, et en premier lieu, la distinction qui peut exister entre une partie dite forte et une partie considérée comme faible ne joue, dans l'appréciation de la clause compromissoire, qu'en présence de parties qui ont la qualité de professionnels. En deuxième lieu, et si l'on raisonne par analogie avec le contrat de franchise, le déséquilibre significatif doit être apprécié au moment de la conclusion du contrat, de sorte qu'un des époux ne saurait invoquer son impécuniosité, qui serait née après le mariage, pour contourner la clause compromissoire et s'opposer à l'arbitrage. Enfin, c'est seulement si la convention d'arbitrage est « manifestement nulle ou manifestement inapplicable » qu'une juridiction étatique peut apprécier sa validité (*CPC art. 1448*). La nullité doit être évidente, ne donner lieu à aucune

discussion, et la notion d'« inapplicabilité manifeste » doit être interprétée étroitement, elle ne peut être retenue que si elle est décelable à la seule lecture de la clause et du contrat, sans un examen substantiel au fond (*Cass. 1° civ. 7-6-2006 n° 03-12.034 FS-PBI; Cass. 1° civ. 11-7-2006 n° 04-14.950 F-PBI : RJDA 4/07 inf. 427; Cass. 1° civ. 21-10-2015 n° 14-25.080 F-PB : RJDA 1/16 inf. 61; Cass. 1° civ. 13-7-2016 n° 15-19.389 FS-PB : RJDA 11/16 inf. 833*). En conséquence, les époux qui insèrent une clause compromissoire dans un contrat de mariage s'assurent le recours à l'arbitrage en cas de litige.

Responsabilité du notaire et devoir de conseil

9. Ces avantages militent en faveur de l'insertion, au sein des conventions matrimoniales, d'une clause compromissoire, dès lors que le rédacteur du contrat s'est assuré de l'entière compréhension des parties quant à ses effets et qu'elle est adaptée à leurs besoins.

La Cour de cassation est particulièrement vigilante quant à l'exercice du devoir de conseil du notaire. En cas de mise en cause de sa responsabilité, il doit démontrer que les clauses contestées ont bien été explicitées et que les comparants ont eu tout loisir d'interroger le notaire. Il sera ainsi vivement conseillé de conserver la preuve de la tenue des rendez-vous, de l'envoi du projet et de l'écoulement d'un temps de réflexion raisonnable entre l'envoi du projet et sa régularisation. Les clauses ne doivent pas être « de style » mais adaptées à la situation du couple. Le notaire doit ainsi conseiller ses clients de manière concrète, adaptée à leurs besoins (*Cass. 1° civ. 3-10-2018 n° 16-19.619 F-PB : RTD civ 2018 p. 957 obs. B. Vareille, D. 2018 p. 2474 note E. Rousseau, Defrénois 2019 n° 16 p. 41 note M. Latina, Defrénois 2019 n° 48 p. 24 note N. Couzigou-Suhas, AJ fam. 2018 p. 621 obs. P. Hilt*).

L'arbitrage étant un processus nouveau et encore peu connu du grand public, il convient, dans un premier temps, de proposer aux parties l'insertion d'une clause d'arbitrage avec prudence.

10. Nombre de contrats de mariage prennent désormais soin d'insérer une clause de recours à la médiation, préalablement à l'introduction d'une procédure judiciaire. On ne peut que s'en réjouir et l'on imagine mal que la responsabilité du rédacteur d'actes puisse être engagée de ce chef, eu égard à la promotion actuelle des modes de règlements amiables des conflits, en matière familiale.

Il peut en aller différemment de la clause compromissoire qui a vocation à confier la résolution du litige à une juridiction non étatique. Il s'agit ainsi d'un mode de résolution alternatif du conflit et non d'un mode amiable. Une sentence sera ainsi rendue, opposable aux justiciables.

Conventionnalité de la procédure arbitrale

11. On a vu que les intérêts sont légion quant à l'insertion d'une clause d'arbitrage (*Voir 49° Congrès, Mouvement jeune notariat, « Les Conflits successoriaux, l'arbitrage : une solution d'avenir », p. 365 et s.*). La conventionnalité de la procédure, fondée sur un contrat accepté par les justiciables, en fait un outil souple et adaptable. Ainsi, sous réserve des principes fondamentaux de l'instance – respect du principe de la contradiction et détermination de l'objet du litige – l'instance arbitrale détermine

librement la procédure et n'est pas liée par les règles applicables aux tribunaux étatiques. À moins que les parties n'en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques (*CPC art. 1464*). Elle est aussi confidentielle, dès lors que la procédure d'appel a été exclue du processus arbitral, ce qui peut présenter un intérêt non négligeable pour des personnes exposées médiatiquement. Signalons que lorsque l'appel est prévu, il est obligatoirement porté devant les juridictions étatiques.

Du caractère « privé » de l'instance procédurale découlent deux caractéristiques principales sur lesquelles le notaire se doit d'attirer particulièrement l'attention des époux. Son devoir de conseil sera apprécié avec rigueur : l'onérosité de la procédure arbitrale d'une part, l'absence de caractère exécutoire d'autre part.

12. Un procès devant les juridictions judiciaires entraîne de nombreux frais, les dépens, d'une part et les frais irrepétibles (soit les honoraires d'avocat, les frais de déplacement et d'hébergement pour les besoins du procès), d'autre part. Dans un procès étatique, le justiciable, sous conditions de ressources, peut bénéficier de l'aide juridictionnelle, totale ou partielle. Dans une procédure arbitrale, s'ajoutent à ces frais la rémunération du juge ou du collègue arbitral ainsi que les frais de fonctionnement du centre ou de location des salles. Par ailleurs, il n'y a pas lieu, dans un procès d'arbitrage, à une quelconque mise en œuvre d'aide juridictionnelle.

Ainsi, les coûts peuvent être plus importants dans un procès arbitral que dans un procès étatique, même si la souplesse et la rapidité inhérentes à une procédure arbitrale peuvent rapidement être en réalité très avantageuses. Il est ainsi indispensable que le notaire attire l'attention de ses clients quant au possible renchérissement du coût du processus arbitral.

13. L'impécuniosité de l'une des parties peut être de nature à faire obstacle, en pratique, à la tenue du procès arbitral. Il est utile de prévoir, lors de la rédaction de la clause d'arbitrage, que les frais de la procédure seront avancés, à titre provisoire, par les justiciables, au prorata de leurs revenus, le juge arbitral pouvant ensuite répartir la charge définitive de ces frais. Par ailleurs, afin de permettre à la partie impécunieuse de régler ses frais d'avocat, il peut être prévu qu'une avance pourra être octroyée par le juge arbitre.

Enfin, si le jugement arbitral est revêtu de l'autorité de la chose jugée, il ne bénéficie pas de la formule exécutoire. Ainsi, si des mesures d'exécution forcée sont nécessaires, il conviendra de solliciter l'exequatur du jugement arbitral, devant le juge judiciaire, entraînant de nouveaux frais et délais. Il est ainsi impératif que les futurs époux soient bien alertés de ces caractéristiques et les acceptent en toute connaissance de cause.

14. Sous réserve de ces avertissements et explications, il est par ailleurs évidemment possible d'insérer pour la première fois une clause compromissoire lors de la modification d'un contrat de mariage. On peut même imaginer que l'insertion d'une clause compromissoire soit la seule modification apportée au contrat de mariage ou du régime matrimonial existant.

Intérêt de l'insertion d'une clause compromissoire dans un contrat de mariage

15. La clause compromissoire dans le contrat de mariage comme outil de sécurité juridique. Insérer une clause compromissoire au sein d'un contrat de mariage représente un réel facteur de sécurité juridique pour les parties. La clause compromissoire garantit en effet le recours à l'arbitrage quand le compromis d'arbitrage suppose un accord des parties, intervenant après la survenance d'un litige, aux fins de confier sa résolution à l'arbitrage. La préexistence de désaccords entre des époux amoindrit nécessairement les chances de parvenir à un accord s'agissant du recours à l'arbitrage.

16. L'arbitrage représente une approche sécurisante pour les parties pour une seconde raison. Ces dernières peuvent en effet demander à l'arbitre de juger en équité, ce qui peut être une source de sécurité juridique, par opposition à la jurisprudence extrêmement évolutive de la Cour de cassation. L'arbitrage permet en ce sens d'assurer le respect de la commune intention des parties telle qu'elle aura été exprimée et formalisée dans un contrat de mariage. On évoque notamment la dernière jurisprudence de la Cour de cassation s'agissant du régime de la participation aux acquêts qui, s'écartant du choix exprimé par les parties, prive d'effet la clause excluant du calcul de la créance de participation les biens et dettes professionnels des époux en cas de dissolution du régime matrimonial pour une autre cause que le décès (*Cass. 1^e civ. 18-12-2019 n° 18-26.337 FS-PBI : SNH 3/20 inf. 1 ; Cass. 1^e civ. 31-3-2021 n° 19-25.903 F-D : SNH 14/21 inf. 1*).

17. La clause compromissoire dans le contrat de mariage comme outil de célérité et de simplification de l'instance liquidative. La deuxième vertu du recours à l'arbitrage est de simplifier le processus de liquidation d'un régime matrimonial. En effet, à l'exception d'un simple rapport de créances entre époux séparés de biens, il est impossible de procéder à la liquidation d'un régime matrimonial, quel qu'il soit, tant que le divorce n'est pas prononcé. En conséquence, la liquidation judiciaire d'un régime matrimonial ne peut intervenir qu'une fois le divorce prononcé et devenu définitif, c'est-à-dire, le cas échéant, à l'issue d'une instance d'appel sur le principe du divorce. Les parties sont donc dans l'obligation d'initier une nouvelle instance, après avoir impérativement formulé des propositions amiables démontrant leur volonté de résolution alternative du conflit. Dans le cadre de cette instance liquidative, le juge va d'abord rendre une première décision désignant un notaire aux fins qu'il dresse un projet d'état liquidatif du régime matrimonial si un accord est trouvé ou, à défaut, un procès-verbal de difficultés. Ce procès-verbal suppose ensuite de saisir à nouveau le juge, afin qu'il tranche les points de désaccords persistants. À ce stade, aucun partage n'est encore effectué. Il peut encore exister un litige sur le partage proprement dit, la répartition des biens et, le cas échéant, la vente forcée d'un bien. Recourir ainsi à l'arbitrage permet au contraire de confier l'intégralité des opérations de liquidation et de partage à une seule et même instance, ce qui est un facteur de simplicité et se traduit par une très importante diminution des délais de jugement, a fortiori lorsque l'appel de la sentence est exclu.

18. Par ailleurs, si des époux séparés de biens n'ont qu'un litige relatif à leurs créances, le recours à l'arbitrage permet que la réalité et le montant de ces créances soient appréciés de manière définitive, à tout moment, y compris avant que le juge du divorce ne statue. La présence d'une clause compromissoire dans le contrat de mariage permet ainsi une détermination des créances dans les plus brefs délais, en permettant d'éclairer le juge du divorce sur la réalité des patrimoines respectifs avant qu'il ne statue sur la prestation compensatoire. À nouveau, le tribunal peut statuer en équité. On songe ici à la jurisprudence, récente et incertaine, de la Cour de cassation en vertu de laquelle les apports personnels d'un des époux séparés de biens, pour financer la part de son conjoint lors de l'acquisition d'un bien indivis affecté à l'usage familial, ne peuvent être considérés comme participant de son obligation de contribuer aux charges du mariage (*Cass. 1^o civ. 17-3-2021 n^o 19-21.463 FS-P : SNH 12/21 inf. 1, Gaz. Pal. 3-6-2021 p. 30 note N. Couzigou-Suhas*).

19. Il peut ainsi être prévu que l'instance arbitrale aura vocation à régler les différends résultant du contrat de mariage, et plus largement à liquider le régime matrimonial, composer et répartir les lots voire à prévoir la vente des biens. À noter que dans une instance arbitrale, la vente judiciaire peut être évitée et un processus de mise en vente plus souple pourra être mis en place. Il apparaît que les litiges relatifs à la liquidation et au partage des biens dépendant du régime matrimonial des époux surviennent principalement lorsque celui-ci se dissout, que ce soit par divorce ou séparation de corps, ou encore par décès.

20. Lorsque le régime matrimonial se dissout par le décès de l'un des époux, il est fréquent qu'au différend quant à la liquidation s'ajoutent des difficultés liées au règlement de la succession. Il

peut être utile, dans un souci de pragmatisme, de lier les deux contentieux, puisque le règlement de la succession doit être précédé du règlement du régime matrimonial (le cas suppose que les époux ne détiennent aucun bien indivis et ne revendiquent aucune créance l'un à l'égard de l'autre). Il serait source de confusion que le litige matrimonial soit tranché par l'instance arbitrale et le litige successoral, par les instances étatiques.

Pour autant, une telle clause compromissoire dont l'objet est ainsi élargi est-elle toujours opposable aux ayants droit des contractants initiaux? Rappelons que la clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée (*C. civ. art. 2061, al. 1*).

Cette transmissibilité ne fait aucun doute en ce qui concerne les litiges relatifs à la liquidation du régime matrimonial ainsi que les dispositions à cause de mort ou encore les avantages matrimoniaux (institution contractuelle, clauses de préciput, clause véhiculant un avantage matrimonial...) s'agissant de dispositions contractuelles convenues entre les parties initiales. Ces stipulations sont indéniablement transmissibles aux ayants droit du défunt. En revanche, l'instance arbitrale ne pourrait pas statuer sur d'autres litiges intéressant le règlement de la succession dont l'objet ne serait pas compris dans les stipulations contractuelles du contrat de mariage. On pense par exemple aux libéralités consenties à des personnes autres que le conjoint survivant. Ces libéralités devront être prises en compte par l'instance arbitrale sans compromis d'arbitrage complémentaire qu'il conviendra donc de proposer.

Il pourra aussi être suggéré, à l'occasion d'une donation-partage à ses ayants droit par le stipulant, l'insertion d'une clause compromissoire désignant la même instance arbitrale, avec faculté de connaître de l'ensemble du litige.

Proposition de rédaction d'une clause compromissoire dans un contrat de mariage

Dans les contrats de mariage, la clause compromissoire pourrait être rédigée comme suit :

Arbitrage institutionnel (géré par un centre d'arbitrage) :

«Tous les litiges relatifs au présent contrat de mariage seront tranchés définitivement par voie d'arbitrage conformément au règlement d'arbitrage du [centre d'arbitrage des litiges familiaux (Calif) ou Centre de médiation et d'arbitrage des notaires de Paris (CMANOT- Paris), ou à défaut par XXX. Le tribunal arbitral sera composé de [un ou trois] arbitre(s) et siègera à...». *Les rédacteurs auront la possibilité d'ajouter des termes relatifs à la confidentialité de l'arbitrage et de préciser si le tribunal arbitral statue en droit ou en équité. Dans le cas d'un litige affecté d'un élément d'extranéité, la loi applicable ainsi que la langue de l'arbitrage pourront être précisées.*

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

«Tous les litiges relatifs au présent contrat de mariage 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 par les époux. 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 l'époux le plus diligent.»

[En cas de choix d'un arbitrage à trois arbitres, préciser :] L'époux A devra faire connaître le nom de l'arbitre qu'il a choisi dans sa demande d'arbitrage. L'époux 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, l'époux le plus diligent 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].»